№ 14 (Bogen 89 bis 95). Berlin, 15. Juli 1913. [42. Jahrgang.] 705

# Juristische Wochenschrift.

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat **Dr. Hugo Neumann**, Rechtsanwalt beim Kammergericht und Notar, Berlin W. 35,
**Dr. Heinrich Dittenberger**, Rechtsanwalt beim Landgericht, Leipzig.

Verlag und Expedition: **W. Moeser Buchhandlung, Berlin S. 14**, Stallschreiberstraße 34. 35.

Preis für den Jahrgang 20 Mark, einzelne Nummern pro Bogen 30 Pfg. Inserate die 2gespaltene Petitzeile 50 Pfg. (Die ganze Seite enthält 160 Zeilen.) Bestellungen übernimmt jede Buchhandlung und Postanstalt sowie die Expedition Berlin S. 14

## Vereinsnachrichten.

### XXI. Deutscher Anwaltstag.

Der XXI. Deutsche Anwaltstag wird auf den

**12. und 13. September 1913**

nach Breslau, Versammlungslokal Breslauer Konzerthaus, Gartenstraße 39/41, einberufen mit folgender Tagesordnung.

Freitag, den 12. September, vormittags 9 Uhr:

1. Mitteilungen des Vorstandes.
   Bericht des Geschäftsleiters.
2. Reform der Rechtsanwaltsordnung: Freizügigkeit, Lokalisierung, Änderung des § 5 Ziffer 5 der Rechtsanwaltsordnung, Ehrengerichtswesen (Strafensystem, Ehrengerichtshof).
   Gutachter: Rechtsanwalt Dr. Viktor Berger-Leipzig; Rechtsanwalt Dr. Finger-Bremen.
   Berichterstatter: Rechtsanwalt Dr. Max Friedländer-München; Justizrat Dr. Harnier-Cassel.

Sonnabend, den 13. September, vormittags 9 Uhr:

1. Neuwahl von sechs Vorstandsmitgliedern.
   Es scheiden aus die Herren:
   Rechtsanwalt Dr. Martin Drucker-Leipzig, Rechtsanwalt Dr. Max Hachenburg-Mannheim, Justizrat Rose-Harburg (Elbe), Rechtsanwalt Conrad Haußmann-Stuttgart, Geheimer Justizrat Max Jacobsohn-Berlin, Rechtsanwalt Dr. Geiershöfer-Nürnberg.
2. Die Ermittelung der Wahrheit im Zivilprozesse.
   Gutachter: Justizrat E. Koffka-Berlin.
   Berichterstatter: Justizrat Dr. Heilberg-Breslau; Rechtsanwalt Dr. Mittelstaedt-Leipzig.

Leipzig, den 20. Mai 1913.

**Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins.**
Dr. Haber,
Geheimer Justizrat, Vorsitzender.

Das Festprogramm umfaßt folgende Veranstaltungen:
Donnerstag, den 11. September, abends 8 Uhr: Begrüßungsabend;
Freitag, den 12. September, abends 7½ Uhr: Zwangloses Zusammensein in der Jahrhundertausstellung;
Sonnabend, den 13. September, abends 6 Uhr: Festdiner, Festspiel.
Sonntag, den 14. September: Ausflüge in das Riesengebirge und in den oberschlesischen Industriebezirk.
Außerdem für die Damen der Teilnehmer:
Freitag, den 12., und Sonnabend, den 13. September, vormittags 10 Uhr: Besichtigung der Stadt und der Ausstellung.

Die Einladung des Breslauer Ortsausschusses lag der Nr. 13 der Juristischen Wochenschrift vom 1. Juli d. J. bei.

Vorsitzender des Ortsausschusses ist Geheimer Justizrat Feige, Breslau, Ohlauer Straße 87, stellvertretender Vorsitzender Justizrat Dr. Heilberg, Breslau, Nicolai-Stadtgraben 26.

**Anmeldungen** sind an den Vorsitzenden des Empfangs- und Wohnungsausschusses:
Justizrat Dr. Lemberg, Breslau V, Schweidnitzer Stadtgraben 10,
zu richten.

### Vertreterversammlung.

Hierdurch werden die Herren Mitglieder der Vertreterversammlung des Deutschen Anwaltvereins auf

**Donnerstag, den 11. September d. J., vormittags 11 Uhr,**

nach Breslau, Kammermusiksaal des Konzerthauses, Gartenstr. 39/41, Eingang Portal II, ergebenst eingeladen.

**Tagesordnung.**

1. Mitteilungen des Vorstandes.
2. Errichtung eines Fonds zur Unterstützung von Bureaubeamten.
3. Ausgestaltung der Vereinspublikationen durch Einrichtung eines Vereinsnachrichtenblattes.
4. Aufruf der Vereinigung rheinisch-westfälischer Rechtsanwälte betr. Abänderung der Zulassungsvorschriften.

5. Verhalten des Deutschen Anwaltvereins gegenüber Preßangriffen auf den Anwaltstand.
6. Mitteilung über den Stand der Treuhandangelegenheit.
7. Etwaige Anträge der Vertreter.

Leipzig, den 30. Juni 1913.

**Der Vorstand des Deutschen Anwaltvereins.**

Dr. Haber,
Geheimer Justizrat, Vorsitzender.

Mit Rücksicht darauf, daß die Breslauer Hotels möglicherweise auch am 11. September noch durch die Kaisermanöver stark in Anspruch genommen sein werden, werden die Herren Mitglieder der Vertreterversammlung gebeten, ihre Wünsche wegen Beschaffung von Unterkunft möglichst bald an den Vorsitzenden des Empfangs- und Wohnungsausschusses, Herrn Justizrat Dr. Lemberg, Breslau V, Schweidnitzer Stadtgraben Nr. 10, gelangen zu lassen.

---

## Erholungsstättenverein deutscher Rechtsanwälte.

### Mitgliederversammlung.

Die Mitgliederversammlung des Erholungsstättenvereins deutscher Rechtsanwälte wird auf

Donnerstag, den 11. September 1913, nachmittags 6½ Uhr,

nach Breslau, kleiner Saal des Konzerthauses, Gartenstraße 39/41, 1 Treppe, Eingang Portal I, einberufen mit folgender Tagesordnung:

1. Geschäftsbericht des Vorstandes.
2. Wahlen zum Vorstand und zum Verwaltungsrat.
3. Wahl der Rechnungsrevisoren.
4. Etwaige Anträge der Mitglieder.

Leipzig, den 1. Juli 1913.

**Der Vorstand**
des Erholungsstättenvereins deutscher Rechtsanwälte.

Dr. Seyferth,
Rechtsanwalt, Vorsitzender.

---

## Verein der Amtsgerichtsanwälte.

Die 5. ordentliche Mitgliederversammlung des Vereins der Amtsgerichtsanwälte wird auf

Donnerstag, den 11. September 1913, nachmittags 3½ Uhr,

nach Breslau, Hotel Vier Jahreszeiten, einberufen mit folgender Tagesordnung.

1. Erstattung des Geschäfts- und Kassenberichts, Entlastung des Vorstandes.
2. Neuwahl der ausscheidenden Vorstandsmitglieder.
3. Empfiehlt es sich, gegen die Überfüllung des Anwaltstandes Maßnahmen zu ergreifen?

Berichterstatter: Justizrat Dr. Schulze-Delitzsch, Rechtsanwalt Hacker-Neumarkt.

4. Die Reform der Reichsgebührenordnung für Rechtsanwälte.

Berichterstatter: Rechtsanwalt Wochinger-Laufen.

5. Verschiedenes.

Harburg a. E., am 20. Juni 1913.

**Der Vorstand**
des Vereins der Amtsgerichtsanwälte.

---

## Ruhegehalts-, Witwen- und Waisenkasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die diesjährige Mitgliederversammlung wird auf den 11. September nach Breslau einberufen werden. Näheres wird noch bekanntgemacht werden.

Halle a. d. S., im Juni 1913.

**Der Vorstand.**
Weißler.

---

## Hülfskasse für deutsche Rechtsanwälte.

Die Anwaltskammer zu Potsdam hat der Kasse abermals eine Beihilfe von 750 ℳ gewährt, wofür der Kammer und ihrem Vorstande der herzlichste Dank ausgesprochen worden ist.

---

## Die Verwendung von Blankozessionen zur Übertragung von Kuxen.

Von Rechtsanwalt Dr. Rath, Dortmund.

Nach § 105 des Allgemeinen Berggesetzes ist zur „Übertragung" von Kuxen (d. h. für den abstrakten Übertragungsakt, nicht auch für das formlos gültige Kausalgeschäft[1]) die „Schriftform erforderlich", mit anderen Worten, das Kuxrecht als solches geht erst mit Übergabe einer schriftlichen Abtretungserklärung[2]) auf den Erwerber über.

Im geschäftlichen Verkehr hält man heute fast allgemein eine „Blankozession", d. h. ein vom Veräußerer unterschriebenes Formular, laut welchem der Kux übertragen wird, in welchem der Name des Erwerbers jedoch noch offen gelassen ist, für

---

[1]) Vgl. RG. 75, 79; Westhoff, Das Preußische Gewerkschaftsrecht S. 192; Westhoff-Schlüter, Kommentar zum ABergG. Anm. 2 zu § 105; Arndt, Kommentar zum ABergG. Anmerkung zu § 105; Recht 1911, 203.

[2]) Eines schriftlichen Abtretungsvertrages bedarf es nicht, wie aus der verschiedenen Fassung der §§ 105 und 108 ABergG. hervorgeht, vgl. Westhoff a. a. O. S. 110; Klostermann-Fürst, Kommentar zum ABergG. S. 317; Brassert, Kommentar zum ABergG. S. 203; Zimmermann: Veräußerung, Belastung und Verpfändung von Kuxen S. 32. — Einer Übergabe des Kuxscheines, der nach § 103 Abs. 1 ABergG. gar nicht über jeden Kux ausgestellt zu werden braucht, bedarf es zur Rechtswirksamkeit des dinglichen Übereignungsaktes ebenfalls nicht.

ausreichend und den Formvorschriften des § 105 ABergG. genügend, so daß Kuxe heute fast ausschließlich mittels Blankozession gehandelt werden. Falls der Erwerber den Kux nicht als Kapitalsanlage, sondern zu Spekulationszwecken kauft, unterbleibt in den meisten Fällen sogar überhaupt die Ausfüllung der Blankozession auf den Namen des Erwerbers, dieser gibt vielmehr die Blankozession regelmäßig seinem Nachmanne in demselben unausgefüllten Zustande, wie er sie selbst erhalten hat, weiter, so daß der Kux oft durch drei oder mehr Hände geht, bis die Blankozession, ohne Namhaftmachung der Zwischenmänner, unmittelbar auf den Namen des letzten endgültigen Erwerbers ausgefüllt wird, der dann auch die Umschreibung des Kuxes unmittelbar auf seinen Namen im Gewerkenbuche veranlaßt.

In der bergrechtlichen Literatur sind die Ansichten über die Frage der Zulässigkeit der Verwendung von Blankozessionen zur Übertragung von Kuxen geteilt. Für die Zulässigkeit sprechen sich aus, jedenfalls für den Fall, daß die Ausfüllung dem Willen des Abtretenden entspricht: Westhoff a. a. O. S. 117; Klostermann-Fürst a. a. O. Anm. 2 zu § 105;[3]) Arndt a. a. O. Anm. 1 zu § 104, jedoch sämtlich ohne Begründung, und ferner Pitz, Das Preußische Kuxrecht S. 77, letzterer mit unseres Erachtens jedoch nicht zutreffender Begründung, und Gottschalk, Die Blankozession von Kuxen, BankArch. 12, 190. Für ungültig erklären die mittels Blankozession erfolgten Kuxübertragungen schlechthin: Hense in ZBergr. 31, 107; Brassert a. a. O. Anm. 2 zu § 105 ABergG. und Zimmermann a. a. O. S. 32. Diese letztere Ansicht, daß nämlich Kuxe nicht mittels Blankozession übertragen werden könnten, ist auch in der Judikatur vertreten in der Entscheidung des Appellationsgerichts Hamm, abgedruckt in ZBergr. 17, 528, ferner in einer Entscheidung des RG., abgedruckt in ZBergr. 45, 91, die allerdings nur ganz nebenbei den Satz aufstellt, daß „die Übertragung von Kuxen auch nicht durch Blankozession erfolgen kann". Außerdem ist für die streitige Frage noch von Bedeutung die in Bd. 63 S. 230 abgedruckte Entscheidung des RG., die zwar nicht speziell von Kuxübertragungen, wohl aber von der Übertragung von Briefhypotheken handelt und in der ganz allgemein der Satz aufgestellt worden ist, daß die Übertragung von Briefhypotheken, die nach § 1154 BGB. ebenfalls an die Schriftform gebunden ist, rechtsunwirksam sei, wenn sie mittels Blankozession erfolgte, selbst dann wenn diese Blankozession nachträglich auf den Namen des Erwerbers ausgefüllt worden ist. Diese Entscheidung ist wegen der Ähnlichkeit der Vorschriften des § 1154 BGB. mit denen des § 105 ABergG. vielfach auch entsprechend auf Kuxübertragungen ausgedehnt worden.

Was im einzelnen unter „schriftlicher Form" zu verstehen ist, wird im Allgemeinen Berggesetz nicht näher gesagt. Infolgedessen müssen die diesbezüglichen Vorschriften des Zivilrechts subsidiär herangezogen werden.[4]) Im einzelnen sind die Erfordernisse der schriftlichen Form in § 126 BGB. geregelt. Hiernach muß die Urkunde, wenn durch das Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, durch den Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift (oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens) unterschrieben sein. Die Namensunterschrift muß hiernach eine „Unterschrift" sein, d. h. sie muß unterhalb der Erklärung stehen und deren Inhalt der äußeren Erscheinung nach decken. Daß der Inhalt der Urkunde selbst von dem Aussteller der Urkunde persönlich geschrieben sein muß, ist nicht vorgeschrieben.[5]) Ebensowenig bietet der Wortlaut des § 126 BGB. einen Anhalt dafür, daß die Unterschrift erst unter die zuvor gefertigte Erklärung gesetzt sein müsse.[6]) Vor dem Inkrafttreten des BGB. hat man allerdings aus dem Wortlaut des § 116 I, 5 ALR. geschlossen, daß die Unterschrift erst nach vollständiger Ausfüllung des Textes erfolgen dürfe. Dieser Paragraph ist jedoch durch das BGB. aufgehoben worden und kommt also, wenn er auch eine lange Zeit während des Bestehens des Allgemeinen Berggesetzes in Geltung gewesen ist, jedenfalls seit 1900 für die Auslegung des § 105 ABergG. nicht mehr in Betracht. Schon die Motive zum BGB.[7]) besagen, daß es für die Frage der Formrichtigkeit der Urkunde ohne Belang sei, ob die Unterschrift zeitlich der Niederschrift des Inhalts nachfolge oder vorausgehe. Ich bin daher der Ansicht, daß der Schriftform im Sinne des § 126 BGB. auch dann genügt ist, wenn der Inhalt erst nach vollzogener Unterschrift über die Blankettunterschrift gesetzt oder eine vorher unvollständige Erklärung durch Ausfüllung des dafür offengelassenen Raumes mit einem bestimmten Namen nachträglich ergänzt wird. In allen diesen Fällen ist, sobald die nachträgliche Ausfüllung erfolgt, eine vollständige Urkunde vorhanden, die als solche den Formvorschriften des § 126 BGB. entspricht. Allerdings ist, solange das Schriftstück äußerlich noch ein „Blankett" darstellt (also entweder nur die Unterschrift ohne irgendwelche Erklärung, oder aber im Text offengelassenen Raum für nachträgliche Ausfüllung enthält), eine vollständige Urkunde im Sinne des § 126 BGB. noch nicht vorhanden; so lange sind demzufolge auch die Formvorschriften des § 126 BGB., der eine Unterschrift unter einer fertigen Urkunde verlangt,[8]) noch nicht erfüllt.[9]) Bis zur Ausfüllung[10]) der Blankettabtretungs-

[3]) Die von Klostermann zitierten Entscheidungen, RG. 36, 241 und 57, 66, gehören nicht hierher, da sie sich lediglich mit der Blankoabtretung gewöhnlicher Forderungen befassen, für die die Schriftform nicht vorgeschrieben ist. Solche Forderungen können formlos, also eventuell auch durch Blankozession bzw. konkludente Handlungen übertragen werden. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß auch solche Forderungen und Rechte, für deren Übertragung die Schriftform vorgeschrieben ist, durch Blankozession übertragen werden können.

[4]) Vgl. Pitz a. a. O. S. 70 ff.

[5]) RG. 57, 67.

[6]) Vgl. Crome: System des bürgerlichen Rechts Bd. 1 S. 387; Dernburg: Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 411; Rehbein: BGB. Bd. 1 S. 156; Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 3 zu § 126; RG. 14, 297; 15, 55; 17, 115; 21, 269; 57, 68; 63, 234. Anderer Ansicht ist Staudinger, Kommentar zum BGB. Anm. IV zu § 126.

[7]) Motive zum BGB. Bd. I S. 185.

[8]) Vgl. Kommentar der Reichsgerichtsräte, Anm. 3 zu § 126 BGB.

[9]) Vgl. RG. 14, 301; 33, 44; 67, 69; 63, 234; Arndt a. a. O., Anm. 1 zu § 104.

[10]) Von der Blankettabtretungsurkunde ist diejenige zu unterscheiden, die, ohne einen Raum für nachträgliche Ausfüllung zu lassen, den Namen des Erwerbers nicht nennt, vielmehr von vornherein ausdrücklich auf den jeweiligen Inhaber ausgestellt ist. Eine solche

urkunde auf den Namen des Erwerbers liegt daher eine schriftliche Abtretungserklärung im Sinne des § 105 ABergG. nicht vor, so daß also mangels Erfüllung dieser unerläßlichen Voraussetzung der Rechtserfolg des quasi-dinglichen Überganges des Kuxrechtes auf den Erwerber vor endgültiger Ausfüllung nicht eintreten kann.[11]) Wenn aber in der erwähnten Entscheidung des RG.[12]) aus diesem Grunde nachträglich ausgefüllte Blankozessionen ganz allgemein nicht für geeignet zur Übertragung von Briefhypotheken erklärt werden, „jedenfalls dann, wenn die Abtretungsurkunde das Datum der Vollziehung der Unterschrift trägt, anstatt des späteren Datums der Ausfüllung", so kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. Meines Erachtens ist die Begründung schon deshalb unzutreffend, weil die Angabe des Datums weder in § 105 ABergG. vorgeschrieben ist noch ein Erfordernis der Schriftform als solcher darstellt[13]) und somit die Voraussetzungen der Schriftform durch ein etwaiges falsches Datum gar nicht berührt werden[14]), folglich eine im übrigen formgerechte Urkunde durch ein etwaiges falsches Datum nicht ungültig werden kann. Überhaupt trage ich Bedenken, trotz der Ähnlichkeit der Vorschriften des § 1154 BGB. und des § 105 ABergG., derartige Entscheidungen, welche die Frage der Zulässigkeit der Verwendung von Blankozessionen zur Übertragung von Briefhypotheken erörtern, ohne weiteres auf Kuxübertragungen durch Blankozession auszudehnen.[15]) Ich bleibe vielmehr trotz der genannten Entscheidung des RG.[16]) bei dem oben gefundenen Ergebnis, daß eine nachträglich auf den Namen des Erwerbers ordnungsmäßig ausgefüllte Blankettabtretungserklärung vollauf den Formvorschriften des § 126 BGB. genügt, allerdings erst von dem Moment der endgültigen Ausfüllung an. Bis zu diesem Momente ist die Blankettabtretungserklärung noch keine vollständige Urkunde im Sinne des § 126 BGB. und bis zu diesem Momente sind daher auch die formellen Voraussetzungen des § 105 ABergG. für eine rechtsgültige Übertragung noch nicht erfüllt, so daß sich der Übergang der Kuxrechte auf den Erwerber vor der endgültigen Ausfüllung der Blankozession auf den Namen des Erwerbers nicht vollziehen kann. Mit der nachträglichen Ausfüllung auf den Namen des Erwerbers ist aber die bisherige Unvollständigkeit der Urkunde endgültig beseitigt, sie ist eine vollständige Urkunde im Sinne des § 126 BGB. geworden,[17]) und damit sind die formellen Voraussetzungen des § 105 ABergG. erfüllt, so daß nach erfolgter Ausfüllung der Blankozession nach dieser Richtung hin keine Bedenken wegen der Rechtsgültigkeit der vorgenommenen Übertragung erhoben werden können.

Außer dem speziellen Erfordernis der Schriftlichkeit der Abtretungserklärung gemäß § 105 ABergG. müssen aber, soll der Rechtserfolg des Überganges der Kuxrechte auf den Erwerber tatsächlich eintreten, in erster Linie auch die allgemeinen Voraussetzungen jeglicher Forderungs- bzw. Rechtsübertragung gemäß §§ 398, 413 BGB. erfüllt sein, d. h. es muß ein abstrakter Übertragungsvertrag, eine quasi-dingliche Einigung über den Rechtsübergang zwischen den Parteien vorliegen, und es fragt sich, ob ein solcher abstrakter Vertrag in allen Fällen nachträglicher Ausfüllung einer Blankozession zwischen den in Frage kommenden Parteien vorliegt.

Wenn der bisherige Kuxeigentümer[18]) selbst ohne weitere Zwischenmänner seinem Rechtsnachfolger den Kux verkauft und ihm eine Blankozession darüber gibt, liegt zweifellos ein solcher abstrakter Übertragungsvertrag vor. Durch die Übergabe der Blankozession wollen die Parteien der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechend den geschlossenen Kaufvertrag erfüllen, und da die Erfüllung eines obligatorischen Veräußerungsgeschäftes in der Übertragung des veräußerten Rechtes an den Erwerber besteht, so setzt das die weitere Absicht voraus, das veräußerte Kuxrecht auf den Erwerber zu übertragen. Ist das aber die gegenseitige Absicht der Vertragsparteien bei Übergabe der Blankozession, so ist meines Erachtens damit die auf Übertragung des Kuxrechtes gerichtete abstrakte Einigung, die gegenseitig durch Übergabe und Annahme der Blankozession äußerlich erklärt wird, also ein abstrakter Übertragungsvertrag gegeben. Wird alsdann (nachdem durch Übergabe und Annahme der Blankozession die abstrakte, auf Übertragung des Kuxrechtes gerichtete Einigung zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber des Kuxes erklärt ist) die Blankozession von dem Erwerber

---

Urkunde ist, obwohl auch sie den Namen des Berechtigten nicht nennt, von vornherein eine in sich abgeschlossene, zu weiterer Ausfüllung nicht bestimmte und daher formell vollständige Urkunde. Trotzdem ist sie nicht geeignet, das Eigentum an einem Kux zu übertragen. Das BGB. geht ganz allgemein von dem Grundsatze aus, daß in Fällen, in denen die schriftliche Form gefordert wird, die schriftliche Urkunde eine bestimmte Person als Berechtigten zu bezeichnen hat. Dies ergibt sich, wie in RG. 63, 233 zutreffend ausgeführt ist, deutlich daraus, daß nur für ganz bestimmte Fälle (§§ 793, 1187 ff., 1195, 1270 BGB.) Urkunden, in denen ein bestimmter Berechtigter nicht genannt ist, verpflichtende oder übertragende Wirkung beigelegt ist. Schon daraus, daß es für die Übertragung von Kuxen an einer solchen Ausnahmebestimmung fehlt, folgt die Unwirksamkeit einer Abtretung an eine nicht genannte Person.

[11]) So auch RGSt. vom 7. Juni 1912 in Sachen 5 D 225/12.

[12]) RG. 63, 233.

[13]) Vgl. Staudinger a. a. O., Anm. 5 zu § 126 BGB.

[14]) Vgl. Klostermann-Fürst, Anm. 5 zu § 101.

[15]) Und zwar schon aus dem Grunde, weil es sich im ersteren Falle um die Übertragung eines dinglichen, im letzteren Falle um die Übertragung eines obligatorischen Gesellschaftsrechtes handelt.

[16]) RG. 63, 231 ff.

[17]) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Ausfüllung des Blanketts mit oder gegen den Willen des Ausstellers erfolgte. Auch wenn die Ausfüllung gegen den Willen des Ausstellers erfolgt, wird mit der Ausfüllung das Blankett eine äußerlich vollständige Urkunde, die den rein äußerlichen Formvorschriften des § 126 BGB. entspricht.

[18]) Das BGB. kennt kein „Eigentum" an Rechten mehr. Deshalb ist die Bezeichnung „Kuxeigentümer" ungenau. Da es aber keine andere technische Bezeichnung hierfür gibt, — die Bezeichnung „Gewerke", die Klostermann, Anm. 1 zu § 106 ABergG., vorschlägt, trifft ebenfalls nicht das richtige, da man „Gewerke" erst mit der Eintragung ins Gewerkenbuch wird, Kuxeigentümer aber, da die Übertragung des Kuxrechtes nicht von der Eintragung ins Gewerkenbuch abhängig gemacht ist, auch ohne solche Eintragung sein kann — so sei es gestattet, im folgenden die im ABergG. (§ 106) selbst gewählte Bezeichnung „Kuxeigentümer" beizubehalten zur Bezeichnung derjenigen Person, der das Kuxrecht als solches zusteht.

auf seinen Namen ausgefüllt,[19]) und damit der Formvorschrift des § 105 ABergG. genügt, so sind damit alle Voraussetzungen für eine rechtswirksame Übertragung gegeben, so daß mit dem Momente der nachträglichen Ausfüllung der Blankozession das Kuxrecht auf den Erwerber tatsächlich übergeht.

Schwierigkeiten in der rechtlichen Konstruktion des abstrakten Übertragungsvertrags zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ergeben sich jedoch, wenn derjenige, der den Kux vom Eigentümer gekauft und von diesem eine Blankozession erhalten hat, diese Blankozession nicht auf seinen Namen ausfüllt, sondern auf den Namen eines Dritten, an den er selbst inzwischen den Kux weiter veräußert hat, oder gar die erhaltene Blankozession an seinen Nachmann ebenfalls in unausgefülltem Zustande weitergibt. Daß diese Art der Verwendung erhaltener Blankozessionen fast die Regel ist[20]) im kaufmännischen Verkehr, so daß der Kux oft durch viele Hände wandert, ohne daß die dazugehörige Blankozession auf den Namen des jeweiligen Erwerbers ausgefüllt würde, ist oben bereits hervorgehoben. In allen solchen Fällen sind nach den vorstehenden Ausführungen diejenigen Käufer, deren Namen nicht in die Blankozession aufgenommen worden sind, gar nicht Eigentümer des Kuxes geworden, das Kuxrecht als solches ist gar nicht auf sie übergegangen, weil bezüglich ihrer Person die Formvorschriften des § 105 ABergG. nicht erfüllt sind. Auch sie haben zwar den Kux gekauft, vielleicht auch bar bezahlt, der Kux ist auch durch ihre Hände gegangen, aber „Eigentümer" ist nach wie vor mangels Erfüllung der Formvorschrift des § 105 ABergG. der ursprüngliche Eigentümer, der Aussteller der Blankozession, geblieben. Er allein kann daher auch dinglich über das noch bei ihm verbliebene Kuxrecht verfügen, und nur ein von ihm abgeschlossener Übertragungsvertrag kann, bei Erfüllung der Formvorschriften des § 105 ABergG., die Rechtswirkung des quasi-dinglichen Überganges des Kuxrechtes auf eine andere Person haben. Die Zwischenpersonen, die zwar den Kux gekauft und auch vielleicht den Kuxschein übergeben erhalten haben, aber mangels Erfüllung der Formvorschriften des § 105 ABergG. nicht Kuxeigentümer geworden sind, können von sich aus das Kuxrecht, das ihnen gar nicht zusteht, nicht auf andere übertragen, das kann vielmehr nur der „Eigentümer", und wer das Kuxrecht erwerben will, muß daher mit diesem den abstrakten Übertragungsvertrag abschließen. Ein Übertragungsvertrag mit einer der Zwischenpersonen, die nicht Kuxeigentümer geworden sind, hat nicht ohne weiteres rechtliche Wirksamkeit für und gegen den Eigentümer als solchen. Nun ist aber, wenn der Kux mit unausgefüllter Blankozession durch verschiedene Hände gegangen ist, derjenige, auf dessen Namen schließlich die Ausfüllung erfolgt, mit dem Eigentümer selbst gar nicht in Berührung gekommen, er hat nur mit seinem unmittelbaren Vormanne verhandelt. Der Eigentümer weiß wahrscheinlich gar nicht, daß er jetzt den Kux in Händen hat, und daß die Blankozession auf seinen Namen ausgefüllt ist. Dazu kommt, daß, während der ursprüngliche Eigentümer den Kux vielleicht für 10 000 ℳ verkauft und diesen Kaufpreis auch vom ersten Käufer erhalten hat, der fünfte Käufer, für dessen Person allein die Formvorschriften des § 105 ABergG. erfüllt sind, den Kux vielleicht zu 12 000 oder auch nur zu 8000 ℳ gekauft hat, also zu gänzlich anderen Bedingungen, als diejenigen waren, zu denen der ursprüngliche Eigentümer den Kux abgeben wollte, und ihn, allerdings wegen des Formmangels vorläufig noch ohne den Rechtserfolg des Überganges des Kuxrechtes, tatsächlich abgegeben hat. Es fragt sich nun, ob auch in einem derartigen Falle, wenn der Kux mit derselben unausgefüllten Blankozession durch die Hände mehrerer Käufer gegangen ist, um dann erst auf den Namen des letzten ausgefüllt zu werden, und demgemäß ein obligatorisches Kaufgeschäft zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem letzten Erwerber nicht besteht,[21]) sich nicht doch ein den quasi-dinglichen Rechtsübergang bewirkender abstrakter Übertragungsvermerk zwischen diesen beiden Personen, bezüglich deren allein die Formvorschriften des § 105 ABergG. erfüllt sind, rechtlich konstruieren läßt;[22]) andernfalls würde, wie

[19]) Die Befugnis des Empfängers der Blankozession, dieselbe auf seinen Namen auszufüllen, ergibt sich ohne weiteres aus der Absicht der Parteien, durch Übergabe und Annahme der Blankozession das geschlossene Veräußerungsgeschäft zu erfüllen. Da die Erfüllung des Veräußerungsgeschäftes in der Übertragung des Kuxrechtes auf den Käufer besteht, und diese Übertragung nach § 105 ABergG. Schriftlichkeit der Abtretungserklärung voraussetzt, diese Formvorschrift aber nur durch eine vollständige, d. h. auf den Namen des Erwerbers ausgefüllte, Abtretungsurkunde erfüllt wird, so ergibt sich aus der Absicht des Veräußerers, das Veräußerungsgeschäft durch Übergabe der Blankozession zu erfüllen, daß er mit einer späteren Ausfüllung der Blankozession auf den Namen des Erwerbers einverstanden ist. Da nun diese Ausfüllung nach Aushändigung des Blanketts an den Käufer nur noch von diesem, als dem Besitzer der Urkunde, vorgenommen werden kann, so ergibt sich daraus ferner, daß der veräußernde Eigentümer, der dem Käufer eine Blankettabtretungsurkunde aushändigt, damit einverstanden sein muß, daß dieser die zur Übertragung des Kuxrechtes nach § 105 ABergG. unbedingt erforderliche Ausfüllung auf seinen Namen selbst vornimmt.

[20]) Das hat seinen Grund darin, daß Kuxverkäufe fast niemals zwischen den Parteien direkt abgeschlossen werden (in welchem Falle ja der Einfügung des Namens des Erwerbers in der Abtretungsurkunde Schwierigkeiten nicht im Wege ständen), sondern fast ausschließlich unter Benutzung des allerdings formell als Eigenhändler auftretenden Bankiers als Mittelperson. Dieser hat aber ein gewisses Interesse daran, keine auf seinen Namen ausgefüllte Abtretungsurkunden zu erhalten, weil einmal dadurch der Umsatzstempel auch für den Fall fällig würde, daß er einen Käufer für den Kux nicht findet, sodann würde die Annahme einer auf seinen Namen ausgefüllten Abtretungserklärung für ihn auch mit einem gewissen nicht gewollten Risiko verbunden sein, da er ja alsdann bis zur Weiterbegebung selbst Eigentümer des Kuxes sein würde und unter Umständen die Zahlung von Zubußen leisten müßte.

[21]) Die Tatsache, daß ein obligatorisches Kaufgeschäft zwischen den in Frage stehenden Parteien nicht zustande gekommen ist, steht der Annahme einer trotzdem erfolgten abstrakten Einigung nicht entgegen.

[22]) Obwohl nach der Ausfüllung die Abtretungsurkunde äußerlich die Erklärung der Übertragung des Kuxrechtes unmittelbar von dem ursprünglichen Eigentümer auf den letzten Erwerber enthält, kommt durch die Annahme dieser „Erklärung" doch kein Übertragungsvertrag unmittelbar zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem letzten Erwerber zustande, da dasjenige, was andere Personen nachträglich über seine Unterschrift gesetzt haben, keine von dem Aussteller selbst abgegebene Willenserklärung darstellt.

Die Konstruktion von Pitz (a. a. O. S. 77), der in dem zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem ersten Käufer geschlossenen

gesagt, für den letzten Erwerber auch die Erfüllung der Formvorschriften des § 105 ABergG. belanglos sein.

Wie oben bereits mehrfach erwähnt, bildet es im geschäftlichen Verkehr durchaus die Regel, daß der Käufer eines Kuxes (insbesondere wenn er Bankier ist) die Blankozession nicht auf seinen Namen, sondern direkt auf den Namen seines Nachmannes ausfüllt. Da dieser Usus im Verkehrsleben keinerlei Beanstandung findet, so muß nach der bestehenden Verkehrsauffassung der Empfänger einer Blankozession als befugt gelten, diese in dem angedeuteten Sinne zu verwerten, und der Verkäufer, der eine Blankozession anstatt einer auf den Namen des Empfängers lautenden vollständigen Abtretungsurkunde herausgibt, muß gerade mit dieser Art der Verwendung seiner Blankozession rechnen, und, wenn er trotzdem ein diese Verwendungsart ermöglichendes Blankett aus der Hand gibt, diese Verwendungsart genehmigen. Erteilt aber der Verkäufer mit Hingabe einer Blankozession seine Einwilligung dazu, daß der Käufer anstatt die Blankozession auf seinen Namen auszufüllen, sie zwecks Erfüllung eines von ihm mit einem beliebigen Nachmann geschlossenen weiteren Veräußerungsgeschäftes direkt auf den Namen dieses zweiten Käufers ausfüllt und damit eine formelle Erklärung schafft, nach welcher der ursprüngliche Eigentümer den Kux unmittelbar auf den zweiten Käufer überträgt, so liegt darin meines Erachtens die Erteilung einer Vollmacht, nach seinem Belieben anstatt den mit dem ursprünglichen Eigentümer geschlossenen Kaufvertrag durch Ausfüllung der erhaltenen Blankozession auf den eigenen Namen zur Erfüllung zu bringen und alsdann den Kux aus eigenem Rechte unter Ausstellung einer neuen Abtretungsurkunde weiter zu übertragen, den Kux unmittelbar, d. h. ohne selbst Kuxeigentümer zu werden, von dem ursprünglichen Eigentümer auf den eigenen Nachmann zu übertragen, mit anderen Worten mit diesem namens des ursprünglichen Eigentümers einen abstrakten Übertragungsvertrag abzuschließen.[23]) Da nach § 164 BGB. die vom Vertreter innerhalb der Vertretungsmacht im Namen des Vertretenden[24]) abgegebenen Willenserklärungen für und gegen den Vertretenden wirken, so kommt auf diese Weise mit der Übergabe der Blankozession seitens des ersten Käufers an den zweiten ein abstrakter Übertragungsvertrag zwischen diesem und dem ursprünglichen Kuxeigentümer zustande, so daß, wenn die Blankozession auf den Namen des zweiten Käufers ausgefüllt worden ist,[25]) sämtliche Voraussetzungen für eine rechtswirksame Übertragung des Kuxrechtes unmittelbar von dem ursprünglichen Eigentümer auf diesen zweiten Käufer gegeben sind. Nicht anders liegt die Sache, wenn der erste Käufer die erhaltene Blankozession trotz der Vollmacht hierzu überhaupt nicht ausfüllt, sondern sie unausgefüllt seinem Nachmanne zwecks Weiterübertragung des Kuxes weitergibt, es ihm überlassend, sie auf den eigenen Namen oder den seines weiteren Nachmannes auszufüllen, oder auch unausgefüllt weiter zu begeben. Da der ursprüngliche Kuxeigentümer, der ohne besondere Nebenabrede eine, eine derartige beliebige Verwendung jeweils zulassende Blankozession aus der Hand gibt, nach der herrschenden Verkehrsauffassung auch mit dieser Art der Verwendung der Blankozession zur Weiterübertragung des Kuxes an einen beliebigen Nachmann rechnen und, wenn er trotzdem die Blankozession herausgibt, diese Verwendungsart stillschweigend gutheißen muß, so ist meines Erachtens die dem ersten Käufer mit der bedingungslosen Übergabe einer Blankozession erteilte Vollmacht dahin auszulegen, daß er auch befugt ist, anstatt durch Ausfüllung der Blankozession auf den Namen seines Nachmannes den Kux auf diesen zu übertragen, es ihm zu überlassen, seinerseits den Kux mittels der erhaltenen Blankozession direkt weiter zu übertragen, und zwar eventuell durch weitere Zwischenmänner bis zur Person desjenigen, auf dessen Namen schließlich die Ausfüllung der Blankozession erfolgt; denn erst mit der tatsächlichen Ausfüllung hört die Möglichkeit der Benutzung derselben Blankozession zur Weiterübertragung des Kuxes auf. Hiernach enthält meines Erachtens die von dem Kuxeigentümer durch bedingungslose Übergabe einer Blankozession dem ersten Käufer erteilte Vollmacht zum Abschluß des abstrakten Übertragungsvertrages eine unbeschränkte Substitutionsbefugnis dergestalt, daß der jeweilige Inhaber der Blankozession, der sie durch eine fortlaufende Kette von Übertragungen von Kuxeigentümer erhalten hat, als bevollmächtigt anzusehen ist, namens des Eigentümers einen abstrakten Übertragungsvertrag mit seinem Nachmanne abzuschließen. Auf diese Weise ist alsdann in jedem Falle der Vordermann desjenigen, auf dessen Namen schließlich die Blankozession ausgefüllt wird, als Bevollmächtigter des Eigentümers zum Abschluß des abstrakten Übertragungsvertrages mit seinem Nachmann anzusehen, so daß also dadurch, daß er seinem Nachmann, dem endgültigen Erwerber, die Blankozession übergibt und dieser sie annimmt, ein abstrakter Übertragungsvertrag zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem endgültigen Erwerber gemäß § 164 BGB. zustande kommt. Auf diese Weise sind mit der Ausfüllung der Blankozession auf den Namen des endgültigen Erwerbers in dessen Person sämtliche Voraussetzungen für einen rechtswirksamen Übergang des Kuxrechtes auf ihn gegeben, so daß also mit der Ausfüllung der Blankozession auf seinen Namen das Kuxrecht unter Überspringen sämtlicher Zwischenpersonen von dem ursprünglichen Eigentümer unmittelbar auf ihn übergeht.[26])

---

Vertrag einen Vertrag zugunsten eines zunächst noch unbestimmten Dritten erblickt, der durch Ausfüllung auf den Namen des endgültigen Erwerbers unmittelbar zu einem Vertrag zwischen diesem und dem ursprünglichen Eigentümer führe, halte ich zum mindesten für gezwungen, ganz abgesehen davon, daß dem Eigentümer nach Lage der Sache jegliche Absicht fehlen wird, außer mit seinem unmittelbaren Nachmann mit einer anderen, noch unbekannten Person in obligatorische Rechtsbeziehungen zu treten.

[23]) Das kausale Rechtsgeschäft zwischen dem ursprünglichen Kuxinhaber und dem ersten Käufer sowie desjenigen zwischen diesen und dem zweiten Käufer wird hierdurch nicht berührt.

[24]) Wenn der Vertragsabschluß auch nicht ausdrücklich im Namen des ursprünglichen Kuxinhabers erfolgt, so ergeben doch die Umstände (§ 169 Abs. 2), insbesondere die Unterschrift unter der übergebenen Abtretungserklärung, daß der abstrakte Übertragungsvertrag (nicht auch das Kausalgeschäft) für den ursprünglichen Kuxinhaber und in dessen Namen abgeschlossen wird.

[25]) In der Übergabe der Blankozession zwecks Erfüllung eines Veräußerungsgeschäftes liegt begrifflich auch die Ermächtigung zur demnächstigen Ausfüllung.

[26]) Obwohl nach den obigen Ausführungen im Falle mehrfacher Zwischenübertragungen ohne Ausfüllung der Blankozession ein ob

Man könnte nun dieser Vollmachtstheorie entgegenhalten, daß sie praktisch unbrauchbar sei wegen der grundsätzlichen Widerruflichkeit jeder Vollmacht, die den ursprünglichen Eigentümer bis zum Momente der Ausfüllung der Blankozession jederzeit in die Lage versetzen würde, die mit der Hingabe der Blankozession erteilte Vollmacht zum Abschluß des abstrakten Übertragungsvertrages zu widerrufen, und damit das Kuxrecht, das ja mangels Erfüllung der Formvorschrift des § 105 ABergG. noch nicht übergegangen, sondern bei ihm verblieben ist, wieder endgültig an sich zu ziehen. Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, daß nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 168 BGB. eine Vollmacht nur dann grundsätzlich widerruflich ist, wenn sich aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse nichts anderes ergibt. Wenn aber die Erteilung der Vollmacht, wie in den vorstehend erwähnten Fällen, durch Übergabe einer Blankozession an den Käufer des Kuxes erfolgt, so ergibt sich aus der mehrfach erwähnten Absicht der Parteien, durch die Übergabe der Blankozession das geschlossene Veräußerungsgeschäft endgültig zu erfüllen und den Käufer zum „Eigentümer" des Kuxes zu machen, der allein und grundsätzlich unbeschränkt über den Kux verfügen kann, ohne weiteres die Unwiderruflichkeit der erteilten Vollmacht. Da auch nach der allgemeinen Verkehrsauffassung die Hingabe einer Blankozession als vollwertige Erfüllung des geschlossenen Veräußerungsgeschäftes honoriert wird, so würde es Treu und Glauben und der allgemeinen Verkehrssitte widersprechen, wenn der Verkäufer in der Lage wäre, durch willkürlichen, einseitigen Widerruf der erteilten Vollmacht die vereinbarte und beabsichtigte endgültige Erfüllung des Kausalgeschäftes nachträglich wieder illusorisch zu machen. Da aber auch Vollmachtsverträge, wie alle Verträge, nach § 157 BGB. so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, so glaube ich den mit Hingabe einer unausgefüllten Blankozession an den Kuxkäufer abgeschlossenen Vollmachtsvertrag zum Abschluß des abstrakten Übertragungsvertrages mit einem beliebigen Nachmanne dahin auslegen zu müssen, daß diese Vollmacht mit dem Momente der Hingabe an den ersten Käufer unwiderruflich wird.[27]) Damit ist aber der Kuxkäufer, der sich statt mit einer auf seinen Namen ausgefüllten Abtretungsurkunde mit einer Blankozession begnügt, hinreichend gesichert, so daß die Blankozession für den praktischen Verkehr vollkommen die durch § 105 ABergG. an sich geforderte voll ausgefüllte schriftliche Abtretungserklärung ersetzt, der gegenüber sie manche den Verkehr wesentlich erleichternde Vorzüge hat.

Allerdings birgt die unbeschränkte Zulassung der Verwendung von Blankozessionen im Kuxenhandel auch eine gewisse Gefahr für den Erwerber in sich, insofern von demjenigen, der zur Erfüllung eines Kaufvertrages von seinem Vormanne eine nicht von diesem selbst ausgestellte Blankozession erhält, dieser Blankozession nicht ansehen kann, ob sie, was die stillschweigende Voraussetzung der sämtlichen vorstehenden Ausführungen war, vom Aussteller dem ersten Käufer wirklich zum Zwecke der Erfüllung eines geschlossenen Verkaufsvertrages bedingungslos übergeben worden ist. Nur für diesen, im Geschäftsverkehr allerdings durchaus die Regel bildenden Fall treffen die oben gezogenen Schlußfolgerungen des Zustandekommens eines abstrakten Übertragungsvertrages zwischen dem ursprünglichen Eigentümer und dem letzten Erwerber, auf dessen Namen die Blankozession schließlich ausgefüllt wird, zu. Es gibt aber auch Fälle, in denen Blankozessionen übergeben zu werden pflegen, ohne daß es dabei die Absicht der Parteien ist, damit ein geschlossenes Veräußerungsgeschäft zu erfüllen und in denen die mit Übergabe der Blankozession erteilte Vollmacht zur Ausfüllung und zum Abschluß eines abstrakten Übertragungsvertrages mit einem beliebigen Nachmann ausdrücklich nur unter ganz bestimmten Bedingungen erteilt wird. Die Hauptfälle sind der der Übergabe einer Blankozession über einen dem Vertragsgegner verpfändeten Kux zum Zwecke der bequemeren und unauffälligeren Realisierung für den Fall der Pfandreife (Vermeidung der Formalitäten des Pfandverkaufs) und der Übergabe einer Blankozession zur fiduziarischen Sicherung des Vertragsgegners für eine bestimmte Forderung.[28]) In beiden Fällen erhält der Vertragsgegner des Eigentümers mit Übergabe der Blankozession eine wegen der beabsichtigten Sicherung des Empfängers als bis zur Tilgung der zu sichernden Forderung unwiderruflich auszulegende Vollmacht zur demnächstigen Weiterveräußerung und Übertragung des Kuxrechtes, jedoch nur unter der Bedingung der Pfandreife bzw. des Eintrittes der vereinbarten Verfallbedingung. Wenn nun in diesen Fällen der Pfandnehmer bzw. Fiduziar vor Eintritt der Pfandreife bzw. der Verfallbedingung unter Benutzung der erteilten Blankozession den Kux veräußert, so handelt er nicht im Rahmen der erteilten Vollmacht, da eben die Bedingung, an welche die Vollmacht geknüpft war, die Pfandreife bzw. der Eintritt der Verfallvoraussetzungen, noch nicht erfüllt ist. In solchem Falle würden die Vorschriften des § 177 BGB. zur Anwendung kommen, welche

ligatorisches Kausalgeschäft unmittelbar zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber nicht besteht, kann der ursprüngliche Eigentümer doch nicht etwa gegen den Erwerber einen Bereicherungsanspruch etwa aus dem Gerichtspunkte der condictio sine causa geltend machen, denn die Leistung ist ja auf Grund eines vom Erwerber mit einer Zwischenperson abgeschlossenen obligatorischen Kausalgeschäftes erfolgt (für das diese Zwischenperson allerdings, anders als bezüglich des abstrakten Übertragungsaktes, nicht als Vertreter des Eigentümers anzusehen ist). Außerdem hat der ursprüngliche Kuxinhaber ja die Valuta aus dem ihn zur Übertragung verpflichtenden Kausalgeschäft mit dem ersten Käufer erhalten, so daß auch keine Bereicherung „auf Kosten" des Eigentümers vorliegt, vgl. DJZ. 1907 965 und OLG. 2, 505. Außerdem würde unter diesen Umständen einer derartigen Klage gegenüber wohl die exceptio doli generalis durchgreifen.

[27]) Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht bindet auch die Erben des Eigentümers und seinen etwaigen Konkursverwalter (vgl. RG. 58, 172). Andererseits besteht die Unwiderruflichkeit, wie sich aus obiger Begründung ergibt, nur von dem Momente der Übergabe der Blankozession an den ersten Käufer an. Vorher steht es dem Eigentümer, auch wenn er dem mit dem Verkaufe betrauten nicht

als Eigenhändler auftretenden Bankier eine Blankozession bereits ausgehändigt hat, frei, das gesetzte Limit zu widerrufen bzw. zu ändern und den erteilten Verkaufsauftrag und damit die Übertragungsvollmacht zurückzuziehen.

[28]) Eine fiduziarische Sicherungs-Übereignung, wie Gottschalk, a. a. O. S. 193, sie annimmt, findet in derartigen Fällen mangels Erfüllung der Formvorschriften des § 105 ABergG. nicht statt. Das Kuxrecht selbst bleibt vielmehr bei dem ursprünglichen Eigentümer. Vgl. RGSt. vom 7. Juni 1912 5 D 225/12.

besagen, daß, wenn jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag abschließt, die Wirksamkeit des Vertrages für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängt. Solange also der Eigentümer eine solche ohne sein Wissen und gegen seinen Willen vor Eintritt der Bedingung vorgenommene Veräußerung nicht genehmigt, liegt ein rechtswirksames Veräußerungsgeschäft und eine rechtswirksame Übertragung des Kuxrechtes überhaupt nicht vor;[29]) es fehlt an dem abstrakten Übertragungsvertrag zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber, und in diesem Falle erwirbt der Käufer, wie auch seine etwaigen Nachmänner, an die er den Kux weiterveräußert hat, das Kuxrecht gar nicht, auch wenn sie vielleicht den Kux bar bezahlt haben und auf Grund der ausgefüllten Blankozession ins Gewerkenbuch eingetragen worden sind. Der Eigentümer kann in solchem Falle den Kux jederzeit von dem jeweiligen Inhaber zurückverlangen und Berichtigung des Gewerkenbuches beantragen, auch wenn der betreffende Gewerke sich in gutem Glauben hinsichtlich der Verfügungsbefugnis seines Vormannes befand,[30]) denn die Vorschriften des BGB. über gutgläubigen Erwerb vom Nichteigentümer (§ 932 BGB.) beziehen sich nur auf bewegliche „Sachen" im Sinne des BGB., also nur auf körperliche Gegenstände, nicht aber auf Kuxe, die ein Recht, keine „Sache" im Sinne des BGB. darstellen.[31]) Da man eine solche Beschränkung der bei Hingabe der Blankozession erteilten Übereignungsvollmacht weder dem Kux noch der Blankozession ansehen kann, und auch guter Glaube den Erwerber in Fällen derartiger Vollmachtbeschränkung nicht schützt, liegt in der Verwendung der Blankozessionen, die sonst gewisse Vorteile für den Verkehr haben, doch auch eine gewisse Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs.

## Die Bedeutung der Formvorschrift des § 88 Abs. 4 Ziffer 7 der Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen.

Von Gerichtsassessor Dr. Wohlfarth, Breslau.[1])

§ 88 Abs. 4 LandgemO. lautet:

„Insbesondere liegen dem Gemeindevorsteher folgende Geschäfte ob:

7. die Gemeinde nach außen zu vertreten und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln.

Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde gegen Dritte verbinden sollen, imgleichen Vollmachten, müssen unter Anführung des betreffenden Gemeindebeschlusses und der dazu etwa erforderlichen Genehmigung oder Entschließung der zuständigen Aufsichtsbehörde im Namen der Gemeinde von dem Gemeindevorsteher und einem der Schöffen unterschrieben und mit dem Gemeindesiegel versehen sein."

Die Auslegung dieser Vorschrift stößt trotz des an sich klaren Wortlauts auf Schwierigkeiten. Es erhebt sich nämlich die Frage, ob bei Verstoß gegen die Formvorschrift nur die Urkunde selbst der Wirksamkeit entbehrt, oder ob das ganze Rechtsgeschäft formungültig ist. Das RG. hat sich in ständiger Rechtsprechung auf den in der zweitgenannten Alternative bezeichneten Standpunkt gestellt (RG. 64, 408; 68, 407; JW. 05, 446; 08, 118). Es begründet diese Ansicht wie folgt:

Wenn auch der Wortlaut des Gesetzes die vorstehend an erster Stelle gekennzeichnete Deutung zulasse, so entspreche eine solche Auslegung doch weder dem Zwecke noch dem Willen des Gesetzes. Der Gemeindevorsteher vertrete die Gemeinde nach außen, gleichviel ob er sich an die Beschlüsse der Gemeinde halte oder nicht. Um die Gemeinde gegen die hieraus erwachsenden Gefahren zu schützen, und zu verhüten, daß er die durch die Gemeindebeschlüsse gezogenen Grenzen überschreite, habe § 88 Ziff. 7 Abs. 2 für die die Gemeinde verpflichtenden Geschäfte die erhöhte Form vorgesehen. Es wäre auch nicht zu begreifen, warum das Gesetz den Gemeindevorsteher bei Abschluß mündlicher Geschäfte der bezeichneten Art gänzlich uneingeschränkt, bei schriftlichen Verträgen aber nur unter sehr erheblichen Kautelen und Schutzmaßregeln mit für die Gemeinde verbindlicher Kraft handeln lassen wolle. Die genannte Bestimmung sei daher als Formvorschrift für alle Geschäfte der bezeichneten Art anzusehen.

Eine Kritik dieser Ansicht ist, soweit bekannt, bisher nicht laut geworden. Gegen ihre Richtigkeit sprechen jedoch gewichtige Bedenken, die sich sowohl auf den Wortlaut als auch auf den Zweck des Gesetzes gründen. § 88 Ziff. 7 a. a. O. bestimmt nicht, daß Rechtsgeschäfte verpflichtenden Inhalts der besonderen Form bedürften; lediglich Urkunden über solche Rechtsgeschäfte müssen in dieser Form aufgenommen sein. Entbehrt die Urkunde der Form, so ist sie unwirksam; irgendwelche Ansprüche können auf sie nicht gestützt werden. Über die Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts selbst wird mit keinem Wort gesprochen. Für dieses sind also, wenigstens soweit der Wortlaut des Gesetzes in Betracht kommt, die allgemeinen Formvorschriften maßgebend. Sind diese beachtet, so ist die Form gewahrt.

Daß diese Auslegung möglich ist, erkennt das RG. selbst an. Wenn es trotzdem auf Grund der obengenannten Ausführungen in der bezeichneten Vorschrift die Bestimmung erblickt, daß alle die Gemeinde verpflichtenden Rechtsgeschäfte schlechthin der dort bestimmten Form genügen müßten, so spricht gegen diese Auslegung zunächst die Erwägung, daß das Gesetz, wenn es tatsächlich die erhöhte Form hätte einführen wollen, dies wohl auch mit klaren Worten gesagt hätte. Die Vorschriften über die Form der Rechtsgeschäfte sind die unnachgiebigsten und daher die schwerwiegendsten. An ihnen scheitert jede Auslegungskunst und selbst der Hinweis auf Treu und Glauben im Verkehr. Von ihnen muß daher erwartet werden, daß sie klar und ohne Möglichkeit eines Mißverständnisses gefaßt sind.

---

[29]) So: RGSt. vom 7. Juni 1912 5 D 225/12. Anderer Meinung: Gottschalk a. a. O. S. 193.

[30]) Vgl. Pitz a. a. O. S. 44; Zimmermann a. a. O. S. 22; Noth a. a. O. S. 49.

[31]) Vgl. Klostermann-Fürst a. a. O. Anm. 5 zu § 101, Anm. 2 zu § 106; Pitz a. a. O. S. 44; Westhoff Anm. 1 zu § 101; Westhoff-Schlüter a. a. O. Anm. 1 zu § 103; Noth a. a. O. S. 41, 49; Arndt a. a. O. Anm. 4 zu § 101; OTr. 80, 292; ZBergr. 19, 104.

[1]) Verfasser hatte bei Niederschrift des Aufsatzes keine Kenntnis von der dasselbe Thema behandelnden Arbeit von Appel auf S. 531 ff. der JW.

Im allgemeinen werden dann auch die bestehenden Formvorschriften diesem Erfordernis gerecht, und es müßte von vornherein Bedenken erwecken, wenn ein sonst klar gehaltenes Gesetz gerade in diesem so bedeutsamen Punkte zu Zweifeln Anlaß gäbe. Nur die gewichtigsten inneren Gründe und Zweckmäßigkeitsrücksichten können daher in derartigen Fällen zu einer Bejahung der Formbedürftigkeit führen. Daß derartige Gründe vorliegend gegeben sind, muß aber entgegen der Ansicht des RG. verneint werden. Der Gemeindevorsteher hat die Gemeinde „nach außen zu vertreten". Der zivilrechtlich geschulte Jurist wird geneigt sein, diese Vertretungsbefugnis nach den Grundsätzen des Zivilrechts zu beurteilen, und hiervon ist offenbar auch das RG. in seinen obengenannten Entscheidungen ausgegangen. Diese Erwägung ist jedoch unzutreffend. Das bürgerliche Recht versteht unter Vertretung das Handeln einer Person namens einer anderen Person, dergestalt daß der Vertreter auf Grund eigener Willensbildung mit unmittelbar für den Vertretenen wirkenden Kraft handelt. Diese eigene Willensbildung ist es, die den Vertreter vom Boten unterscheidet, und sie ist es auch, die dem Gemeindevorsteher nicht zusteht. Das ergibt zweifelsfrei die Aufzählung der dem Gemeindevorsteher in § 88 a. a. O. auferlegten Befugnisse. Seine Stellung ist danach eine verwaltende (Ziff. 4—6), vorbereitende (Ziff. 2), ausführende (Ziff. 1, 3, 8). Wäre der Gemeindevorsteher zivilrechtlicher Vertreter der Gemeinde, so würde es dieser Aufzählung gar nicht bedürfen, da ihm in dieser Eigenschaft die genannten Befugnisse, zum mindesten die der Ziffern 1, 3, 8, von selbst zustehen würden. Jedenfalls müßte dann die Vertretereigenschaft in der allgemeinen Vorschrift des Absatzes 1 genannt sein. Hier heißt es aber lediglich: „der Gemeindevorsteher ist die Obrigkeit der Landgemeinde und führt deren Verwaltung" und, erst in Ziffer 7 wird ihm neben den sonstigen vorerwähnten Funktionen noch die Befugnis gegeben, die Gemeinde nach außen zu vertreten. Außer dem Aufbau des Gesetzes spricht aber in erster Linie auch die Fassung der Ziffer 7 selbst gegen die Vertretereigenschaft im Sinne des Zivilrechts. Denn der weitere Zusatz: „und namens derselben mit Behörden und Privatpersonen zu verhandeln" wäre sinnlos, weil völlig selbstverständlich, wenn der Gemeindevorsteher bürgerlich-rechtlicher Vertreter der Gemeinde wäre. Vor allem sind es aber die Worte „nach außen", die gegen eine derartige Stellung sprechen. Durch die in diesen Worten gegebene Beschränkung wird zweifelsfrei ausgesprochen, daß der Gemeindevorsteher zur Willensbildung namens der Gemeinde nicht befugt ist, diese Funktion vielmehr einem anderen Organ zukommt; das ist aber die Gemeindeversammlung (=vertretung), deren Beschlüsse, wie der Absatz 2 der Ziffer 7 ergibt, für alle die Gemeinde verpflichtenden Rechtsgeschäfte Voraussetzung sind. „Vertreter sein" heißt eben im Verwaltungsrecht nur „Organ sein", wie denn auch der Kreistag, die Stadtverordnetenversammlung, der Provinziallandtag als Vertreter bezeichnet werden (§ 115 KreisO., § 10 StädteO., § 34 ProvinzialO.), obgleich diese Organe in der Regel überhaupt nicht nach außen handelnd auftreten. (Vgl. meinen Aufsatz: Die Vertretung der altpreußischen Landkreise im Prozeß, JW. 12, 679.) Soll daher die Stellung des Gemeindevorstehers in einem Worte präzisiert werden, so wird man ihn nicht als Vertreter, sondern als Repräsentanten der Gemeinde bezeichnen.

Ist der Gemeindevorsteher aber nicht zur Vertretung der Gemeinde im Sinne des bürgerlichen Rechts befugt, so kommen auch die Argumente des RG. in Fortfall. Der Gemeindevorsteher ist nämlich nicht in der Lage, durch bloße mündliche Erklärungen die Gemeinde zu verpflichten. Liegt seiner Erklärung kein Gemeindebeschluß zugrunde, so ist sie unwirksam. Ja, man muß noch einen Schritt weitergehen. Ohne den Absatz 2 der Ziffer 7 a. a. O. würde der Gemeindevorsteher überhaupt nicht in der Lage sein, Erklärungen abzugeben, die ohne Rücksicht auf einen vorangegangenen Gemeindebeschluß die Gemeinde verpflichten. Die genannte Bestimmung stellt sich danach nicht als eine Einschränkung, sondern als eine Erweiterung der Befugnisse des Gemeindevorstehers dar.

Damit ist aber der Gemeindebeschluß selbst nicht zur Bedeutungslosigkeit verurteilt, was doch bei Richtigkeit der Ansicht des Reichsgerichts der Fall wäre. Ist der Beschluß freilich dem Vertragsgegner nicht mitgeteilt, so liegt lediglich eine innere Willensentschließung der Gemeinde vor, die mangels Erklärung der Wirkung nach außen entbehrt. Andererseits genügt es auch nicht, daß der Vertragsgegner irgendwie von dem Beschluß Kenntnis erlangt. Die Mitteilung muß vielmehr in ordnungsmäßiger Ausführung des Beschlusses erfolgen, und hierzu ist der Gemeindevorsteher nach Ziffer 3 legitimiert, ohne daß er dazu der Mitwirkung Dritter oder der Innehaltung einer besonderen Form bedürfte. Setzt er sich freilich über die Vorschrift des Absatzes 2 der Ziffer 7 hinweg, so kann der Empfänger aus der bloßen Mitteilung Rechte nicht herleiten. Dagegen muß der Mitteilung in Verbindung mit dem Beschluß die volle rechtsgeschäftliche Wirkung beigelegt werden. Mit anderen Worten: ist die Form der Ziffer 7 Abs. 2 gewahrt, so schafft die Urkunde einen selbständigen Verpflichtungsgrund, gleichviel ob ein entsprechender Gemeindebeschluß ergangen ist oder nicht. Ist die Mitteilung formlos ergangen, so hat sie nur dann Bedeutung, wenn ihr ein entsprechender Gemeindebeschluß zugrunde liegt. Dies zu behaupten und zu beweisen ist Sache des Vertragsgegners, wenn er die Gemeinde in Anspruch nimmt.

Ist der Gemeindevorsteher aber nicht in der Lage, die Gemeinde durch formlose Erklärungen selbständig zu verpflichten, so liegt kein Grund vor, die Gemeinde vor eigenmächtigem Vorgehen des Gemeindevorstehers zu schützen. Damit fällt auch das weitere Argument des RG. Andererseits würde es eine durch nichts gerechtfertigte Härte bedeuten, wollte man einer zwar formlosen, aber auf Grund eines Gemeindebeschlusses ergangenen Willenserklärung des Gemeindevorstehers verpflichtenden Inhalts die Wirksamkeit versagen.

Was vorstehend von § 88 Ziff. 7 LandgemO. ausgeführt worden ist, gilt übrigens analog für die entsprechenden Vorschriften des § 137 Abs. 2, 3 KreisO., § 56 Ziff. 8 StädteO. und § 91 ProvinzialO. Dies im einzelnen hier auszuführen, würde jedoch über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen und auch zu ermüdenden Wiederholungen Anlaß geben.

# Zu § 775 Nr. 4 BGB.

Von Rechtsanwalt Dr. Zubke, Köslin.

In JW. 1912, 663 wird von Bergschmidt der Standpunkt vertreten, daß bei Anwendung des § 775 Nr. 4 BGB. den vollstreckbaren Urteilen die in § 794 Nr. 1 und 2 ZPO. bezeichneten gerichtlichen Vergleiche und teilweise die unter § 794 Nr. 5 ZPO. aufgeführten „vollstreckbaren" Urkunden gleichzustellen seien. Dieser Stundpunkt erscheint nicht unbedenklich, und zwar gerade mit Rücksicht auf die allgemeine Tendenz des § 775 BGB. und auf die besondere Tendenz der Nr. 4 dieses § 775 BGB.

Dem Bürgen ist — wie in jenem Aufsatz mit dem Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB. und Staudinger an den dort angegebenen Stellen zutreffend hervorgehoben wird — der Anspruch auf Befreiung gegeben, wenn seine Rechtslage durch nachträgliche, nach der Bürgschaftsübernahme eintretende unvorhergesehene Umstände ohne sein Zutun gefährdet wird oder sich auch nur ungünstiger gestaltet als zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages. Der Zeitpunkt des Eintritts jener Umstände ist ohne Frage für die Vorschrift des § 775 BGB. von Bedeutung; die nachträglichen Umstände lassen den Befreiungsanspruch für den Bürgen billig erscheinen. Allein dies bleibt immer nur ein äußeres Moment. Wichtiger als dieses ist es, daß die Rechtslage des Bürgen durch unvorhergesehene Umstände ohne sein Zutun gefährdet wird oder sich ungünstiger gestaltet. Nach den Vorschriften über den Auftrag könnte man geneigt sein, dem Bürgen den Befreiungsanspruch gemäß §§ 670, 257 BGB. auch ohne die Bestimmung des § 775 BGB. — und zwar ohne weitere Voraussetzung — zu gewähren. Dem würde jedoch der besondere Inhalt des Auftrages entgegenstehen. Verpflichtet sich jemand, für einen andern Bürgschaft zu leisten, so geht es unmöglich an, ihm nach Erfüllung seiner Verpflichtung, nämlich nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages, gegen den Hauptschuldner einen Befreiungsanspruch zu gewähren. Der Befreiungsanspruch, der einem Beauftragten gemäß §§ 670, 257 BGB. an und für sich bei Aufwendungen durch Eingehung einer Verbindlichkeit zusteht, ist grundsätzlich bei dem Auftrage zur Bürgschaftsleistung ein Unding und daher grundsätzlich ausgeschlossen. Nur ausnahmsweise kann er dem beauftragten Bürgen eingeräumt werden, nämlich dann, wenn sich seine Rechtslage ohne sein Zutun in den in § 775 BGB. angeführten Fällen verschlechtert. Dann kann man dem Bürgen trotz des Auftrages nicht mehr zumuten, für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners noch weiter einzustehen; alsdann gibt ihm das Gesetz den Anspruch auf Befreiung von der Bürgschaft. Diese Tendenz des § 775 BGB. ist bei Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen unverkennbar. Die Verschlechterung der Rechtslage ist naturgemäß stets durch nachträgliche Umstände eingetreten; nicht aber braucht sie immer ohne Zutun des Bürgen entstanden zu sein. Bei der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners (§ 775 Nr. 1), bei der wesentlichen Erschwerung der Rechtsverfolgung gegen ihn (§ 775 Nr. 2) und beim Verzuge des Hauptschuldners (§ 775 Nr. 3) ist der Befreiungsanspruch des Bürgen von Umständen abhängig gemacht, die in der Person des Hauptschuldners liegen. Außer in jenen Fällen ist der Befreiungsanspruch gegeben, „wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat". Ohne Frage geht die besondere Tendenz dieser Bestimmung dahin, daß der Bürge den Befreiungsanspruch haben soll, weil der Gläubiger durch die Verschaffung des vollstreckbaren Urteils ernste Anstalten getroffen hat, den Bürgen in Anspruch zu nehmen. Hat der Gläubiger den vollstreckbaren Titel durch Zutun des Bürgen erlangt, so wird man dem Bürgen den Befreiungsanspruch nicht einräumen können, weil er sich dann selbst der Gefahr ausgesetzt hat, demnächst auf Erfüllung in Anspruch genommen zu werden. Sein Entgegenkommen gegenüber dem Gläubiger steht im Widerspruch mit den Pflichten, die ihm aus der Annahme des Auftrages obliegen.

Weder bei dem gerichtlichen Vergleich noch bei den erwähnten „vollstreckbaren" Urkunden ist der Vollstreckungstitel ohne Zutun des Bürgen zustande gekommen; in beiden Fällen erlangt der Gläubiger den vollstreckbaren Titel gerade durch Handlungen des Bürgen; beim Vergleich ist allerdings die Gefährdung der Rechtslage des Bürgen durch die Klageerhebung veranlaßt. Eingetreten aber ist diese Gefährdung auch hier erst durch den vollstreckbaren Vergleich, der mit Zustimmung des Bürgen zustande gekommen ist. Eine gewisse Beteiligung liegt freilich auch vor, wenn der Bürge nach der Klageerhebung sich durch Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil verurteilen läßt und so die Voraussetzungen des § 775 Nr. 4 erreicht. Die Fälle einer Kollusion zwischen dem Gläubiger und Bürgen muß man sowohl beim Versäumnis- und Anerkenntnisurteil als auch beim Vergleich in der Erörterung ausscheiden, weil hier der Hauptschuldner dem Befreiungsanspruch des Bürgen mit der Einrede der Arglist wirksam entgegentreten kann.

Sofern der vom Gläubiger gegen den Bürgen geltend gemachte Anspruch diesem unzweifelhaft erscheint, ist es das natürliche, daß der Bürge sich durch Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil verurteilen läßt und nicht einen Vergleich schließt. Meist wird er sogar vor Klageerhebung den Hauptschuldner befriedigen und dann seinen Rückgriffanspruch statt des Befreiungsanspruches gegen den Hauptschuldner erheben. Zu einem gerichtlichen Vergleich liegt — besonders auch mit Rücksicht auf die dadurch entstehenden Mehrkosten — keine Veranlassung vor. Ist der Ausgang des gegen den Bürgen anhängigen Rechtsstreites ungewiß, so mag für den Bürgen der Abschluß eines Vergleiches an und für sich zweckmäßig erscheinen. Die Rücksicht auf den Hauptschuldner gebietet es aber, ihm auf Grund des gerichtlichen Vergleiches den Befreiungsanspruch aus § 775 Nr. 4 BGB. zu versagen. Dies tritt deutlich zutage, wenn man den Befreiungsanspruch mit dem Rückgriffanspruch vergleicht, der bei Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen entsteht. Der Befreiungsanspruch ist gleichsam der Vorläufer des Rückgriffanspruches. Dem Rückgriffanspruch des Bürgen kann der Hauptschuldner nach § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB. einmal die Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Bürgen entgegensetzen; diese Einwendungen hat der Hauptschuldner ohne weiteres auch gegenüber dem Befreiungsanspruch. Soweit ihm aus dem Auftrage oder aus der Geschäftsführung ohne Auftrag eine Einwendung gegen den Bürgen zusteht, kann er mit ihr natürlich auch dem Befreiungsanspruch begegnen. Der gesetzliche Übergang der Forderung, auf dem der

Rückgriffanspruch des Bürgen nach Befriedigung des Gläubigers gemäß § 774 BGB. beruht, gewährt dem Hauptschuldner auf Grund der §§ 412, 404 BGB. aber außerdem noch diejenigen Einwendungen, die zur Zeit des Übergangs der Forderung gegen den Gläubiger begründet waren. Diese Einwendungen hat der Hauptschuldner dem Befreiungsanspruche gegenüber nicht, weil der Befreiungsanspruch nicht wie der Rückgriffanspruch auf einem gesetzlichen Forderungsübergang beruht. Ist demnach der Ausgang des Rechtsstreits zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen — z. B. wegen der vom Bürgen gemäß § 768 BGB. erhobenen Einreden des Hauptschuldners gegen die Forderung — ungewiß und verpflichtet sich der Bürge durch gerichtlichen Vergleich zur — wenn auch nur teilweisen — Befriedigung des Gläubigers, so würde man bei einer entsprechenden Anwendung des § 775 Nr. 4 BGB. auf die in § 794 Nr. 1 und 2 ZPO. aufgeführten Vergleiche den Befreiungsanspruch des Bürgen für begründet erachten müssen, ohne daß sich der Hauptschuldner auf seine Einreden gegen die Forderung berufen kann. Auf der andern Seite aber würde nach einer Befriedigung des Gläubigers sich der Hauptschuldner gegenüber dem Rückgriffanspruch auf jene Einreden wirksam berufen können. Dieses für den Hauptschuldner höchst unbillige und nicht zu rechtfertigende Ergebnis muß dahin führen, die Ausdehnung des § 775 Nr. 4 BGB. auf gerichtliche Vergleiche abzulehnen.

Es wird ohne weiteres zugegeben, daß der Hauptschuldner denselben Härten ausgesetzt sein kann, wenn sich der Bürge durch Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil verurteilen läßt. Bisweilen wird ihm zur Vermeidung jener Härten die Einrede der Arglist helfen, nämlich dann, wenn ihm der Nachweis gelingt, daß der Bürge sich ohne Geltendmachung von Einreden arglistig hat verurteilen lassen. Mit derselben Einrede könnte er freilich auch in gegebenen Fällen dem auf Grund eines gerichtlichen Vergleiches erhobenen Befreiungsanspruche begegnen. Wie selten aber der Nachweis der Arglist zu führen ist, zeigt die Praxis täglich; jene inneren Momente, auf die es bei der Arglist fast nur ankommt, sind so schwer zu beweisen, daß man nicht Härten, die nur durch die Einrede der Arglist beseitigt werden können, unnötig heraufbeschwören sollte.

Was von den gerichtlichen Vergleichen gesagt ist, gilt in erweitertem Umfange von den in § 794 Nr. 5 ZPO. erwähnten Urkunden, und zwar auch von den nachträglich verlautbarten, selbständigen Urkunden. Wenn der Bürge, ohne von dem Gläubiger verklagt zu sein, diesem einen vollstreckbaren Titel verschafft, kann man ihm um so weniger den für den Schuldner äußerst heiklen Befreiungsanspruch einräumen.

Die angeregten Bedenken stellen sich einer ausdehnenden Auslegung des § 775 Nr. 4 BGB. auf die in § 794 Nr. 1, 2 und 5 ZPO. erwähnten Schuldtitel ohne weiteres entgegen; sie führen dahin, an dem Wortlaut des Gesetzes festzuhalten und dem Bürgen den Befreiungsanspruch nur zu gewähren, wenn der Gläubiger gegen ihn ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. Soweit die Vollstreckungstitel durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung jenen Urteilen gleichgestellt sind, wie die Vollstreckungsbefehle im § 700 Satz 1 ZPO., steht einer entsprechenden Anwendung natürlich nichts im Wege.

## Wer ist Halter eines zugelaufenen Tieres?

Von Gerichtsassessor v. Rottenburg, Frankfurt am Main.

Der § 833 Satz 1 BGB. bestimmt, daß, wenn durch ein Tier einem Menschen oder einer Sache Schaden zugefügt wird, derjenige, „welcher das Tier hält", für diesen Schaden aufzukommen hat. Für besondere Fälle der „Tierhaltung" sind durch das Reichsgesetz vom 30. Mai 1908 Erleichterungen gewährt, an dem Grundprinzip jedoch nichts geändert: daß jemand im allgemeinen für einen von ihm nicht verschuldeten Schaden haftet, wenn dieser von einem Tiere angerichtet wird, zu dem er in dem eigenartigen Verhältnis des „Tierhalters" steht.

Wenn nun ein Tier mir zuläuft und von mir aufgenommen und gefüttert wird, oder wenn ich ein frei herumlaufendes Tier, etwa ein durchgegangenes Pferd, einfange, werde ich damit „Halter" dieses Tieres und demgemäß — prinzipiell — ohne Verschulden für den von ihm angerichteten Schaden haftbar? Eine für denjenigen, der sich zu entscheiden hat, ob er in dieser Weise ein Tier aufnehmen soll, offenbar bedeutsame Frage!

I. Zunächst sei der praktisch wichtigste Fall ins Auge gefaßt, daß es sich um ein Haustier — weder um ein „wildes" noch ein „gezähmtes" Tier im Sinne des § 960 BGB. — handelt, das seinem bisherigen Besitzer entlaufen — nicht aber von ihm derelinquiert ist und demgemäß als von ihm „verloren" angesehen werden darf.[1]) Hier wird man im Zweifel sein können, ob der Finder, der das Tier in der Absicht mindestens vorläufigen Behaltens aufgenommen hat, oder der Verlierer bzw. derjenige, der bis zum Verluste Halter des Tieres war, während der Besitzzeit des Finders als „Tierhalter" anzusehen ist und demgemäß ohne Verschulden haftet.

Der Begriff des Tierhalters gehört zu den bestrittensten des ganzen bürgerlichen Rechts.[2]) Es liegt dies daran, daß er, anders wie der des Eigentümers, Besitzers usw., nicht durch den juristischen Sprachgebrauch genau umgrenzt ist und wohl nach der Absicht des Gesetzes überhaupt nicht auf juristische, sondern auf wirtschaftliche Momente insbesondere das Interesse abgestellt werden sollte.[3]) Tierhalter ist, sagt das OLG. Cassel in einer grundlegenden Entscheidung, wer „im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht nur zu einem ganz vorübergehenden Zwecke."[4]) Diese Auffassung, die das Interesse in den Vordergrund rückt, ist als die herrschende anzusehen,[5]) wenn es auch nicht an Versuchen gefehlt hat, andere Gesichtspunkte zu verwerten und insbesondere den Begriff des Tierhalters mit einzelnen juristisch genau umschriebenen Begriffen wie dem des Eigenbesitzers[6]) oder des un-

[1]) Staudinger BGB. Anm. 11 zu § 965.

[2]) Vgl. die Literatur namentlich bei Staudinger Anm. 5 zu § 833 BGB. u. Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Anm. 4a zu § 833 BGB.

[3]) Vgl. Hagelberg, der Begriff des Tierhalters S. 83 ff.; Oertmann, a. a. O., Anm. 4a zu § 833 BGB.

[4]) OLGRspr. 9, 42 ff.

[5]) Vgl. z. B. RG. 52, 118; 62, 81; ferner Staudinger, a. a. O. mit Literatur.

[6]) Isay, Die Verantwortlichkeit des Eigentümers für seine Tiere in JheringsJ. 39, 315 ff.

mittelbaren Besitzers[7]) möglichst zur Deckung zu bringen. Prinzipiell dürfte festzuhalten sein, daß das beherrschende, wirtschaftliche Interesse an dem Tier für das „Halten" im Sinne des § 833 BGB. maßgebend ist; in diesem Sinne ist meines Erachtens als durchaus gelungen der Versuch von Hagelberg anzusehen, den Begriff des Tierhalters analog dem des Betriebsunternehmers zu entwickeln, „in dessen Vermögen die Nutzungen fallen und der „die Kosten der Erhaltung und Verwaltung trägt".[8])

Der innere Grund für die Haftung ist der, daß gerade der Unternehmer im Prinzip die Aufsicht über den Betrieb hat.

Die Haftung des Tierhalters ist der Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens, daß, wer Naturkräfte — zu denen auch tierische Kräfte zu rechnen sind — seinem Willen dienstbar gemacht, sie einem ihm unterworfenen — wenn auch nicht notwendig rein wirtschaftlichen — „Betriebe" eingegliedert hat, als Korrelat für den ihm erwachsenen Nutzen auch die Schäden zu tragen hat, die diese Naturkräfte auch ohne sein Verschulden andern zufügen. Dieser Gedanke ist nur in modifizierter Form und nur in einzelnen Fällen im Recht verwirklicht, so im § 1 HaftpflG. vom 7. Juni 1871 und im § 7 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909, so aber auch in den Regeln über die Haftung des Tierhalters. Wessen Interesse der „Betrieb", insbesondere das nicht bloß vorübergehende Halten des Tieres dient, der ist „Halter" und als solcher der verschärften Haftung des § 833 BGB. unterworfen.

Aus diesem Gesichtspunkt ergibt sich, daß, wer für einen andern in dessen Interesse ein Tier in Verwahrung hat, nicht als „Halter" anzusehen ist; wohl aber derjenige, in dessen Interesse, für dessen Rechnung er die Sorge trägt. So gilt dies z. B. für den Fall der Verwahrung: Der Hinterleger, nicht der Verwahrer, ist Halter des Tieres,[9]) was auch aus § 834 BGB. zu schließen sein dürfte, der zur Voraussetzung hat, daß derjenige, der die Führung der Aufsicht über ein Tier übernimmt, nicht notwendig Halter zu sein braucht. Es wird danach auch der Geschäftsführer ohne Auftrag, der z. B. für ein fremdes Tier sorgt, nicht als „Halter" anzusehen sein, weil er nicht in seinem Interesse handelt.[10]) Ob der Geschäftsführer „Halter" ist, wird von seiner Stellungnahme zur Geschäftsführung abhängen, davon nämlich, ob er durch Genehmigung der Geschäftsführung das ihm zugedachte beherrschende Interesse an dem Tier auch wirklich erlangt.

Bei dem Funde muß man zunächst unterscheiden, ob der Finder unredlich oder redlich ist, ob er das zugelaufene Tier für sich behalten oder für den Berechtigten in Verwahrung nehmen will. Welches von beiden der Fall ist, wird aus den Umständen zu ersehen sein; die Fundanzeige wird meist für die Redlichkeit, ihre Unterlassung häufig gegen sie sprechen.

1. Ist der Finder unredlich, will er das ihm zugelaufene Tier für sich behalten, so wird das durch ihn vermittelte „Halten" in seinem Interesse unter Ausschluß des Interesses jedes andern betrieben, er allein ist als „Halter" im Rechtssinne anzusehen. Eine Haftung des früheren Halters kommt ebensowenig in Betracht wie eine solche etwa denjenigen Tierhalter trifft, dem das Tier gestohlen worden ist; seine wirtschaftliche Interessenherrschaft ist ebenso wie sein juristischer Besitz gebrochen.

2. Anders dagegen, wenn der Finder redlich ist. Man wird wegen der Ähnlichkeit der Rechtslage das, was für die Geschäftsführung ohne Auftrag gilt, auch auf das Fundverhältnis übertragen können.

a) Auch der redliche Finder, der für den Verlierer das zugelaufene Tier pflegt und verwahrt, handelt unter Ausschaltung seines Interesses, was schon darin sich zeigt, daß er auch die Kosten der Erhaltung wirtschaftlich nicht trägt, da sie ihm ja ersetzt werden. Er ist daher nicht als Halter anzusehen, wenn er das Tier nicht „zu eigenem Gebrauch" behält, sondern von Anfang an in der Absicht, es dem Berechtigten alsbald herauszugeben.[11]) Hieran wird auch dann nichts geändert, wenn der Finder dem Verlierer gegenüber zunächst die Herausgabe weigert, weil seine Gegenansprüche (auf Finderlohn und Verpflegung) nicht befriedigt werden. Denn er behält das Tier nicht zurück, um es seinen Interessen dienstbar zu machen, das Tier wird nach wie vor in fremdem Interesse „gehalten" und nur zur Sicherung des Finders zurückbehalten.

b) Eine einheitliche Beantwortung der Frage, ob der Verlierer nach der Aufnahme durch einen redlichen Finder Halter des Tieres wird, erscheint nicht möglich. Sicherlich ist er es nach dem Verlust des Tieres zunächst nicht,[12]) und es wurde bereits darauf hingewiesen, daß er es durch die Inbesitznahme seitens eines unredlichen Finders nicht wird. In beiden Fällen kann von einem beherrschenden Interesse seinerseits nicht die Rede sein. Voraussetzung ist allerdings, daß es sich nicht um eine lediglich vorübergehende Entziehung der Gewalt des früheren Halters handelt; andernfalls, z. B. wenn er das Tier unmittelbar verfolgt, bleibt er natürlich Halter.[13]) Aber auch die Aufnahme durch den redlichen Finder läßt das „beherrschende Interesse" des früheren Halters nicht ohne weiteres wiederaufleben. Denn nicht schon durch das Halten des Tieres für den Verlierer ist dessen „Interessenherrschaft" neu begründet; zur Herstellung dieser Beziehung gehört stets ein Akt des Interessierten selbst, sonst kann eben von wirklich vorhandenem beherrschenden Interesse nicht die Rede sein. Der Verlierer kann zweifellos die Rücknahme verweigern und dadurch einem Wiederaufleben der „Haltung" vorbeugen. Hier ist meines Erachtens wie bei der auftraglosen Geschäftsführung maßgebend, ob er das Tier wiederum in seinen Interessenkreis derart zieht, daß sein Interesse als das herrschende erscheint. Das dürfte aber dadurch

[7]) So wohl Dernburg, Bürgerliches Recht, 112 § 396 IV 1, doch nicht ohne Einschränkung.

[8]) Hagelberg, a. a. O. S. 85.

[9]) Ebenso: Dernburg, a. a. O.; Crome, System des bürgerlichen Rechts. II. 1064.

[10]) Hagelberg, a. a. O., 102.

[11]) So auch Oertmann, a. a. O. Anm. 4 Abs. 3 zu § 833 BGB. Hagelberg, a. a. O. S. 89; Crome, a. a. O. II S. 1063/64; wohl auch Enders, Die Haftung für den durch Tiere angerichteten Schaden S. 31.

[12]) Vgl. Oertmann a. a. O. Anm. 4b zu § 833 BGB.; Enneccerus, Kipp und Wolff 12, 637 Anm. 14; auch Neumann, Handausgabe des BGB. 3b § 833 nimmt offenbar an, daß die Halterschaft aufhört, will aber die Haftung ausdehnen; vgl. unten Anm. 15.

[13]) Vgl. Planck, BGB. Anm. 6 Abs. 2 zu § 833.

geschehen, daß er von dem redlichen, also im Prinzip sein Interesse achtenden, ihm die Herrschaft einräumenden Finder Herausgabe verlangt; denn durch dieses Verhalten beider Teile, die Inanspruchnahme des Tieres für seinen Interessenkreis durch den früheren Halter, die prinzipielle Anerkennung dieser Inanspruchnahme seitens des für jenen haltenden Finders, wird ein wirtschaftlich der Verwahrung analoges Verhältnis geschaffen, das Interesse des früheren „Halters" erscheint als das beherrschende und er als der wahre Tierhalter. Gleichgültig ist auch hier wiederum, ob der Finder wegen seiner Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht ausübt, denn an seiner grundsätzlichen Anerkennung der Interessenherrschaft des andern ändert das nichts. Die Pflicht des die Rückgabe begehrenden Verlierers, die Verpflegungskosten zu tragen, bestätigt übrigens, daß er, der „die Kosten der Erhaltung und Verwaltung trägt", auch Tierhalter, „Betriebsherr" des tierischen „Kraftbetriebes" ist.

Der redliche Finder ist also im allgemeinen nicht Tierhalter, der ihm gegenüberstehende Verlierer ist es erst, wenn er den Willen, das Tier seinem Vermögen wieder zuzurechnen, kundgegeben hat.

3. Natürlich erwächst die „Tierhalterschaft" auch für den redlichen Finder dann, wenn er das Tier nicht nur ganz vorübergehend[14]) für seine Interessen verwendet. Er braucht dabei nicht dem Verlierer das Tier dauernd entziehen zu wollen; es kommt lediglich darauf an, ob der Finder das Tier nur verwahrt und verpflegt oder auch ausnutzt. Tut er letzteres, so ist das beherrschende Interesse des Verlierers durch das des Finders verdrängt.

II. Handelt es sich um ein entsprungenes wildes Tier, so ist zu beachten, daß dieses durch Unterlassen oder Aufgabe der Verfolgung herrenlos wird (§ 960 Abs. 2 BGB.).

Bis zur Aufgabe der Verfolgung dürfte der bisherige Halter auch Halter bleiben, es sei denn, daß das Tier einem unredlichen Dritten zuläuft, der es für sich behalten will und damit seinerseits Halter wird.

Nach Aufgabe der Verfolgung aber ist von einer „Haltung" durch den bisherigen „Halter" nicht mehr die Rede. Läuft das nunmehr herrenlose Tier jemand zu, der es für sich behalten will, so liegt darin eine rechtsgültige Aneignung; der Betreffende wird natürlich damit auch „Halter" des Tieres.

Will dagegen der neue Besitzer das Tier für den früheren Eigentümer verwahren — was auch hier aus einer etwaigen Fundanzeige, Annonce in der Zeitung oder dergl. geschlossen werden kann —, so liegt eine echte auftraglose Geschäftsführung vor und die entsprechenden Regeln kommen zur Anwendung. Auch für das gezähmte Tier wird Entsprechendes gelten; nur wird dieses erst dadurch herrenlos, daß es „die Gewohnheit abgelegt hat, an den ihm bestimmten Ort zurückzukehren" (§ 960 Abs. 3 BGB.).

III. In allen diesen Fällen bringt die „Tierhalterschaft" die Haftung ohne Verschulden mit sich; selbstverständlich aber haftet auch derjenige, der das Tier nur in Gewahrsam für einen andern hat, sobald ihn ein Verschulden an dem durch das Tier angerichteten Schaden trifft, nach den allgemeinen Deliktsregeln. Auch der frühere Halter haftet in gleicher Weise: z. B. wird die Aufgabe der Verfolgung eines wilden Tieres in vielen Fällen als Verschulden anzusehen sein.[15])

IV. Für eine Anwendung des § 834 BGB. auf denjenigen, dem ein Tier zugelaufen ist und der es als redlicher Finder oder Geschäftsführer verwahrt, dürfte auch dann kein Raum sein, wenn der frühere Halter durch Rückforderung des Tieres seine „Halterschaft" erneuert hat, bzw. wenn sie gar nicht untergegangen war. Denn ein Vertrag, durch den der Finder usw. die Führung der Aufsicht übernommen hätte, liegt keinesfalls vor.

V. Der Grundsatz für die Beurteilung der Frage, wer Halter eines zugelaufenen oder eingefangenen Tieres sei, das früher von einem anderen gehalten wurde, ist also, wie für die Feststellung der Tierhaltereigenschaft überhaupt, dahin zu formulieren: Halter ist, wessen wirklich vorhandenes Interesse für das Halten des Tieres bestimmend ist, den „tierischen Betrieb" beherrscht.

Das gewonnene Ergebnis aber ist, noch einmal zusammengefaßt:

1. Wenn derjenige, der ein zugelaufenes Tier aufnimmt,
   a) es sich aneignen will,
   oder es
   b) nicht nur ganz vorübergehend für sich verwendet,
   so ist er Tierhalter;
2. Will er es nur für den früheren Halter in Verwahrung nehmen, so ist er nicht Halter.
3. Im letzteren Falle ist der frühere Halter auch jetzt als Halter anzusehen, wenn er
   a) sein „beherrschendes Interesse" wegen der nur vorübergehenden Entziehung der Gewalt noch nicht verloren hat,
   oder
   b) wenn er das Tier von dem neuen Gewalthaber zurückfordert und damit sein — von dem anderen anerkanntes — „beherrschendes Interesse" an dem Tiere wieder zur Wirksamkeit bringt.

Durch diese Lösung wird der redliche Finder bzw. Beherberger des Tieres entlastet, er braucht sich nicht zu fürchten,

---

[14]) Die vorübergehende, auch widerrechtliche Benutzung eines Tieres begründet keine „Halterschaft" und hebt die Halterschaft des sonstigen Halters nicht auf, vgl. RG. 52, 117.

[15]) Dagegen geht es meines Erachtens zu weit, den früheren Halter auch ohne Verschulden haften zu lassen, „wenn und solange ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Halten und der Schadenzufügung besteht" (Neumann a. a. O.), denn die verschärfte Haftung erstreckt sich nach dem Gesetz nur auf die während der Haltung — d. h. bei dem tierischen Betrieb — durch das Tier, nicht auf alle durch den Betrieb verursachten Schäden (vgl. auch RHaftpflG. § 1). Der nach Beendigung des „Betriebes" durch das Tier verursachte Schaden fällt nicht darunter — wohl aber allerdings der Schaden, der erst nach Beendigung erwächst, aber während der Haltung durch das Tier verursacht ist. — Der für den Halter eines entlaufenen Fuchses von Neumann (a. a. O.) angenommenen Haftung dürfte dennoch zuzustimmen sein: denn bis der Fuchs die natürliche Freiheit wiedergewonnen hat, bleibt jener, wenn er die Verfolgung aufnimmt, noch Halter; gibt er aber vorher die Verfolgung auf, so wird meist darin ein Verschulden liegen.

ein Tier in Verwahrung zu nehmen. Und daß dabei zeitweilig überhaupt niemand als Halter des zugelaufenen Tieres erscheint, spricht nicht gegen die hier vertretende Ansicht; denn das verlorene bzw. entsprungene frei herumlaufende Tier, das noch nicht „gefunden" oder eingefangen ist, hat ebenfalls keinen Halter.

Der oben dargelegte innere Grund aber für die Haftung des Tierhalters im allgemeinen rechtfertigt nicht die Haftung dessen, der ein zugelaufenes Tier für den „Berechtigten" verwahrt.

---

## Das Rangverhältnis der kraft Gesetzes übergegangenen und der durch Rechtsgeschäft abgetretenen Hypothekenzinsen zum Kapital.

Von Justizrat Gundlach, Berlin.

I. Nach § 268 BGB. ist, wenn der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung seine Rechte an dem Gegenstand zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über, der Übergang kann aber nicht zum Nachteil des Gläubigers geltendgemacht werden. Bezüglich der Hypotheken bestimmt § 1150 BGB., daß, wenn der Gläubiger Befriedigung aus dem Grundstück verlangt, die Vorschrift des § 268 entsprechende Anwendung finde. Dieses Ablösungsrecht erstreckt sich selbstverständlich nicht bloß auf die Kapitals-, sondern auch auf die Zinsforderungen. Wenn also ein nachstehender Hypothekengläubiger auf Grund des Ablösungsrechts Zinsrückstände an den Gläubiger bezahlt, so tritt er kraft Gesetzes bezüglich dieser Zinsrückstände an die Stelle des bisherigen Gläubigers und zwar auch hinsichtlich des dinglichen Hypothekenrechtes, nur darf er sein Recht nicht zum Nachteil des bisherigen Hypothekengläubigers geltend machen. Es besteht deshalb keinerlei Meinungsverschiedenheit darüber, daß im Falle der Zwangsversteigerung der Dritte, welcher das Ablösungsrecht geltendgemacht hat, mit seiner Zinsforderung erst berücksichtigt wird, nachdem der Gläubiger wegen seiner Kapitalsforderung und wegen der laufenden und späteren Zinsansprüche befriedigt worden ist, Wenn ferner der Dritte auf Grund der auf ihn übergegangenen Hypothekenzinsforderungen die Zwangsversteigerung betreibt, so muß, worüber ebenfalls Einigkeit herrscht, die Hypothek nebst den laufenden Zinsen in das geringste Gebot aufgenommen werden, eben weil die Hypothek nebst den laufenden Zinsen dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehen (Kommentar von Reichsgerichtsräten, Anm. 4 zu § 268, Staudinger Anm. 4 zu § 268 BGB.). Andernfalls würde der Übergang der Hypothekenzinsforderung zum Nachteile des Gläubigers geltendgemacht werden. Denn ein „Nachteil" im Sinne des Gesetzes wäre es, wenn der Gläubiger gezwungen wäre, seine Hypothek herauszubieten. Gewiß kann es unter Umständen für die Hypothekengläubiger ganz erwünscht sein, daß seine Hypothek nicht ins geringste Gebot aufgenommen wird und nicht bestehen bleibt, z. B. wenn der Zinsfuß sehr niedrig, das Geld aber sehr teuer ist. Derartige Umstände sind indessen nicht zu berücksichtigen. Ein derartiger Nachteil wäre nicht eine Folge der Geltendmachung der übergegangenen Zinsforderung. Ein „Nachteil" im Sinne des § 268 BGB. läge vielmehr nur dann vor, wenn die Hypothek entgegen dem Deckungsprinzipe der §§ 44 bis 49 ZVG. nicht in das geringste Gebot aufgenommen werden würde.

II. Streitig ist, ob, was von dem gesetzlichen Forderungsübergang gilt, auch zu gelten hat, wenn eine Hypothekenzinsforderung an einen nicht ablösungsberechtigten Dritten durch Rechtsgeschäft abgetreten wird, und dieser Dritte die Zwangsversteigerung betreibt. Jaeckel-Güthe Anm. 5 zu § 44 ist der Meinung, daß auch in diesem Falle das Hypothekenkapital nebst laufenden Zinsen und Kosten in das geringste Gebot gehören. Die Praxis der Gerichte ist dagegen vielfach eine andere. Doch verdient die Ansicht von Jaeckel-Güthe den Vorzug. Die Abtretung von Zinsrückständen erfolgt gemäß § 1159 BGB. nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden allgemeinen Vorschriften. Es ist nicht, wie bei der Abtretung des Hypothekenkapitals selbst, erforderlich, daß eine schriftliche Zession ausgestellt und daß der Hypothekenbrief übergeben oder daß die Abtretung in das Grundbuch eingetragen wird. Vielmehr ist umgekehrt die Eintragung der Abtretung von Zinsrückständen unzulässig (Kommentar von Reichsgerichtsräten, Anm. 2 zu § 1159). Damit steht es nicht in Widerspruch, daß ins Grundbuch als Zinsbezugsberechtigter ein anderer als der Hypothekengläubiger, z. B. ein Nießbraucher, eingetragen wird. Wird nun bei der Abtretung der Zinsrückstände ausdrücklich dem Kapital und den späteren Zinsen der Vorrang vor den abgetretenen Zinsrückständen vorbehalten, so ist dies durchaus zulässig und ebenso wie die Abtretung selbst dinglich wirksam. Nach § 401 BGB. gehen mit der abgetretenen Forderung auch die Pfandrechte, die für sie bestehen, auf den neuen Gläubiger über. Es geht also mit der abgetretenen Zinsforderung auch das Hypothekenrecht über, ohne daß die Zinsabtretung in das Grundbuch eingetragen zu werden braucht. Die Eintragung des Rangvorbehalts hinsichtlich des Kapitals und der zukünftigen Zinsen wäre ebenfalls unzulässig; denn in das Grundbuch können Rangunterschiede nur eingetragen werden, bezüglich zweier selbständiger Rechte. Das Zinsrecht ist aber nicht ein selbständiges Recht, sondern ein Nebenanspruch aus demselben Rechte. Gleichwohl ist der in der Abtretungserklärung ausgesprochene Vorbehalt nicht etwa rechtsunwirksam. Vielmehr muß dieser Vorbehalt gemäß § 133 BGB. dahin ausgelegt werden, daß der Wille des Erklärenden dahin ging, sich auszubedingen, daß der Übergang nicht zu seinem Nachteile geltendgemacht werden dürfe und könne. Warum eine derartige Willenserklärung nicht zulässig und nicht gültig sein sollte, ist bei der prinzipiellen Vertragsfreiheit des BGB. nicht abzusehen. Aber nicht bloß zulässig ist eine solche Einschränkung der Abtretungserklärung, sondern sie ist auch in gleicher Weise wie die Abtretung selbst absolut und dinglich wirksam. Der Subhastationsrichter muß sie in gleicher Weise berücksichtigen, wie bei dem gesetzlichen Übergang die Vorschrift des § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB. Es ist ja auch ganz undenkbar, daß die Abtretungserklärung zum Teil wirksam, zum Teil unwirksam, oder aber zum Teil dinglich und absolut, zum Teil — hinsichtlich des Rangvorbehalts — nur obligatorisch wirksam sein sollte!

III. Es bleibt zu erörtern, wie mit diesem Ergebnis die Vorschrift des § 12 ZVG. zu vereinigen ist. Danach haben die „Ansprüche aus einem und demselben Rechte" untereinander folgende „Rangordnung":

1. die Kosten,
2. die Zinsen,
3. der Hauptanspruch.

Es könnte scheinen, als wenn danach unter allen Umständen und immer die Zinsen dem Kapital vorgehen müssen und demgemäß das geringste Gebot dahin festgestellt werden müßte, daß, wenn wegen der Zinsen betrieben wird, das Kapital selbst nicht darin enthalten sein darf. Wäre dem wirklich so, so würde ein Widerspruch zwischen dieser Vorschrift des ZVG. und dem BGB. angenommen werden müssen. Ein solcher liegt aber nicht vor. Nach § 1151 BGB. kann eine Forderung geteilt und dabei das Rangverhältnis der Teilhypotheken untereinander geändert werden. Gleichwohl bleiben die geteilten Forderungen ein „Anspruch aus einem und demselben Rechte". Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß bei der Zwangsversteigerung, wenn wegen der im Range nachstehenden Teilhypothek das Verfahren betrieben wird, die im Range vorgehende Teilhypothek in das geringste Gebot aufzunehmen ist und daß insbesondere das Kapital dieser vorgehenden Teilpost den Zinsen der nachstehenden Teilpost im Range vorgeht. Die „Rangordnung" ist also eine andere als nach § 12 ZVG.

Das gleiche gilt auch in den Fällen der §§ 268 und 1150 BGB. Würden, wenn wegen der kraft Gesetzes übergegangenen Hypothekenzinsen das Verfahren betrieben wird, das Kapital selbst und die laufenden Zinsen nicht in das geringste Gebot aufgenommen werden, so würde dem § 268 Abs. 3 Satz 2 BGB. zuwider gehandelt werden. Es würde dann der Übergang der Forderung zum Nachteil des Gläubigers geltendgemacht werden. Also auch in diesem Falle ist die Rangordnung eine andere als nach § 12 ZVG.

Was aber von dem kraft Gesetzes eintretenden Übergange einer Hypothekenzinsforderung gilt, muß notwendigerweise auch gelten, wenn die Zinsforderung durch Rechtsgeschäft auf einen Dritten unter Vorbehalt des Vorranges für Kapital und laufende Zinsen übertragen wird. Gegenüber dieser aus dem materiellen Rechte des BGB. sich ergebenden Rechtslage kann der Vorschrift des § 12 ZVG. nur diejenige Bedeutung zugebilligt werden, welche den Vorschriften der §§ 367 BGB. und 48 KO. innewohnt. Danach wird nicht etwa der Kostenforderung ein „Vorrang" im Sinne des § 879 BGB. vor den Zinsen und diesen ein „Vorrang" vor dem Kapital beigelegt, vielmehr ist nur eine Ordnung, eine Reihenfolge vorgeschrieben, nach welcher die einzelnen Ansprüche „aus demselben Rechte" zur Befriedigung gelangen sollen, sofern nicht etwa nach dem materiellen Rechte sich ein anderes ergibt. So besagen auch die Motive zu § 48 KO., daß sich nach bürgerlichem Recht bestimmt, ob, für wen und in welchem Umfange die Berücksichtigung einer Forderung im Verhältnisse mehrerer untereinander, insbesondere bei Kollisionen verschiedener Forderungen stattzufinden hat.

---

# Das Recht des Gläubigers einer offenen Handelsgesellschaft, die Bestellung eines gerichtlichen Liquidators zu beantragen (§ 146 Abs. 2 HGB.).

Von Dr. Haase, Rechtsanwalt am OLG. Posen.

I.

Die Liquidation einer offenen Handelsgesellschaft ist Sache der sämtlichen Gesellschafter. Sie sind kraft Gesetzes zu Liquidatoren berufen, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag oder ein nach dem Gesellschaftsvertrag bindender Beschluß, also der Wille der Gesellschafter selbst, etwas anderes bestimmt. Eine Einmischung des Gerichts ist grundsätzlich ausgeschlossen. Nur eine Ausnahme kennt das Gesetz. Aus wichtigen Gründen hat das Gericht die Befugnis, an Stelle der durch das Gesetz oder den Parteiwillen Berufenen die Liquidatoren zu ernennen. Aber auch für diesen Ausnahmefall hat das Gericht nicht von Amts wegen einzuschreiten. Es wird nur tätig, wenn es darum angegangen wird. Zur Stellung eines solchen Antrages sind gemäß § 146 Abs. 2 und 3 HGB. in erster Linie die Gesellschafter berechtigt. Nach allgemeiner Auffassung steht das Antragsrecht im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters seinem gesetzlichen Vertreter, im Falle des Todes eines Gesellschafters seinen Erben zu. Nach der positiven Bestimmung des Gesetzes ist dem Gesellschafter der Gläubiger gleichgestellt, der nach § 135 HGB. die Gesellschaft gekündigt hat.

Haben auch die anderen Gläubiger der Gesellschaft das Recht, die gerichtliche Ernennung eines Liquidators zu betreiben?

Diese Frage wird in der Literatur übereinstimmend verneint (vgl. Staub Anm. 7 zu § 146, Ritter Anm. 4 zu § 146, Goldmann Anm. 22 zu § 146, Litthauer Mosse Anm. 6 zu § 146). Eine entgegengesetzte Ansicht ist bisher nicht geäußert. Freilich fehlt es auch an einer besonderen Begründung der herrschenden Meinung.

Die Frage bedarf der Nachprüfung. Wird sie im Sinne der herrschenden Meinung beantwortet, so versagt das Gesetz gerade in den Fällen, in denen die gerichtliche Ernennung eines Liquidators in besonderem Maße zur Notwendigkeit wird. Ein wichtiger Grund zur Berufung durch das Gericht ist dann gegeben, „wenn ohne das Eingreifen des Gerichts eine sachgemäße, ungestörte und glatte Erledigung der Liquidation nicht stattfinden würde" (vgl. KG. im KGJ. 33 A 129 ff.).

An einer sachgemäßen und geordneten Abwicklung der schwebenden Geschäfte hat aber der Gesellschaftsgläubiger oder der Vertragsgegner der Gesellschaft mindestens das gleiche, meist noch ein größeres Interesse als der Gesellschafter selbst.

Die ausschließlichen gesetzlichen Vertreter der Liquidationsgesellschaft sind die Liquidatoren (vgl. RG. 47, 18). Fehlt es an einer gesetzlichen Vertretung so ist jeder Rechtsverkehr unmöglich. Es ist niemand vorhanden, der wirksam Zahlungen leisten, Vertragspflichten erfüllen, rechtsgeschäftliche Erklärungen abgeben kann. Der Rechtsverkehr stockt.

Man denke sich folgende Fälle, die zum Teil unmittelbar aus der Praxis geschöpft sind, und die ihre praktische Bedeutung besonders dann erlangen, wenn die Gesellschafter für ihre Person vermögenslos geworden sind, die Zwangsvollstreckung gegen sie

fruchtlos ausfällt, anderseits ein ausreichendes Gesellschaftsvermögen vorhanden ist:

1. Die Liquidationsgesellschaft wird durch einen einzigen Liquidator vertreten; sei es, daß dies im Gesellschaftsvertrage vorgesehen ist oder auf einem Gesellschaftsbeschlusse beruht, sei es, daß aus wichtigen Gründen ein Liquidator vom Gericht bestellt ist. Dieser einzige Liquidator stirbt oder legt sein Amt nieder. Die vermögenslosen Gesellschafter, für die ein Überschuß nicht zu erwarten ist, haben an der Liquidation kein Interesse und kümmern sich nicht um ihre Fortführung, oder sie sind ins Ausland gegangen oder verschollen.

2. Die mehreren Gesellschafter sind, wie dies das Gesetz für den Normalfall vorschreibt, sämtlich Liquidatoren. Einer von ihnen stirbt. Nach § 146 Abs. 1 HGB. haben mehrere Erben eines Gesellschafters einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen. Die Erben sind unbekannt oder in alle Weltteile verstreut, oder sie wollen sich, da sie den Gläubigern des Erblassers doch nur beschränkt haften, aus Lässigkeit oder mangelndem pekuniären Interesse nicht weiter mit der Liquidation befassen.

Erfüllen die Erben ihre Pflicht zur Stellung eines gemeinsamen Vertreters nicht, so ist dies, wie die überwiegende Meinung mit Recht annimmt, ein wichtiger Grund für die richterliche Ernennung des Liquidators (vgl. Staub Anm. 4 zu § 146). Die anderen Gesellschafter unterlassen aber einen entsprechenden Antrag, z. B. weil sie, die keinen sonstigen Erwerb haben, von der Liquidation leben und daher von einer Verzögerung der endgültigen Abwicklung einen größeren Vorteil haben als von der schnellen Beendigung.

Ähnlich ist die Sachlage, wenn neben einzelnen Gesellschaftern ein gerichtlicher Liquidator bestellt ist, und dieser, den anderen Gesellschaftern meist lästige Mitliquidator wegfällt.

Der Wegfall eines Liquidators in dem Falle, daß mehrere Personen für das Amt berufen sind, hat zur Folge, daß die Liquidationsgesellschaft überhaupt einer ordnungsmäßigen gesetzlichen Vertretung entbehrt. Im Gegensatz zu dem Rechtsverhältnis vor der Auflösung der Gesellschaft, bei der die Einzelvertretungsbefugnis jedes Gesellschafters nach §§ 114, 125 HGB. die gesetzliche Regel bildet, ist bei der Liquidationsgesellschaft die Gesamtvertretung durch alle Liquidatoren vorgeschrieben und die Einzelvertretung für die Regel ausgeschlossen (§ 150 HGB.). Dies gilt selbst bei Gefahr im Verzuge (vgl. Staub Anm. 2 zu § 150). Es läßt sich freilich zweifeln, was § 150 HGB. darunter versteht, daß mehrere Liquidatoren „verhanden" seien. Faßt man nur den Wortlaut ins Auge, so könnte man in dem Falle, daß von ursprünglich mehreren Liquidatoren infolge des Wegfalls der anderen nur einer übrigbleibt, sagen, es seien nicht mehr mehrere Liquidatoren, sondern nur einer „vorhanden". Dies entspräche aber offenbar nicht dem Willen des Gesetzes und dem Zwecke der Bestimmung, die ja gerade in den Fällen, in denen die Berufung mehrerer Liquidatoren vorgesehen ist, die Vertretungsmacht des einzelnen Liquidators einschränkt. Demgemäß hat auch im Gegensatz zum Reichsoberhandelsgericht das Reichsgericht (RG. 47, 18), als einer der Liquidatoren im eigenen persönlichen Interesse die Gesellschaft verklagte und deshalb an der gesetzlichen Vertretung der Gesellschaft verhindert war, die Vertretungsbefugnis der übrigbleibenden Gesellschafter ausdrücklich verneint. Zur Begründung ist ausgeführt, daß die Anerkennung der Vertretungsmacht der verbleibenden Liquidatoren dem durch die Vorschrift des damaligen Art. 136 (jetzt 150) HGB. gewährleisteten Zustand der Gesamtvertretung der Liquidatoren geradezu widersprechen würde.

II.

Es liegt auf der Hand, daß in den erörterten und in ähnlichen Fällen — ihre Zahl ließe sich leicht vermehren — für den Gesellschaftsgläubiger, wie überhaupt für jeden, der zu der Gesellschaft in unmittelbarer Rechtsbeziehung steht, die schwersten Unzuträglichkeiten erwachsen. Die Liquidationsgesellschaft wird durch das Fehlen eines vertretungsberechtigten Organs vollkommen aktionsunfähig. Wird die Aktionsunfähigkeit zu einem Dauerzustand, so wird die Rechtsunsicherheit zur Rechtsverweigerung.

Man könnte für den Gläubiger an folgende Auswege denken:

1. Da der Privatgläubiger, der gemäß § 135 HGB. die Gesellschaft gekündigt hat, im § 146 Abs. 2 hinsichtlich der Antragsberechtigung dem Gesellschafter ausdrücklich gleichgestellt ist, liegt es nahe, den Gesellschaftsgläubiger auf den Weg des § 135 HGB. zu verweisen.

Selbst wenn dieser Umweg gangbar sein würde, wäre es doch ein unerträglicher Formalismus, wollte man den Gläubiger, nur um ihm den Antrag auf Bestellung eines Liquidators zu ermöglichen, dazu zwingen, das umständliche und kostspielige Verfahren einzuschlagen.

Der Gläubiger müßte zunächst einen der Gesellschafter verklagen, gegen ihn — vielleicht erst nach streitiger Verhandlung — ein Urteil erwirken, dann die von vornherein voraussichtlich fruchtlose Zwangsvollstreckung betreiben, die Rechtskraft des Urteils abwarten, den Auseinandersetzungsanspruch pfänden und sich überweisen lassen und dann die Gesellschaft kündigen — ein Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten, für den es an jeder inneren Berechtigung mangelt.

Der Weg ist aber überhaupt nicht gangbar. Denn wenn einmal die Gesellschaft aus anderen Gründen aufgelöst ist und sich im Stadium der Liquidation befindet, ist für eine Kündigung mit dem Ziel der Auflösung kein Raum mehr — wie z. B. nach Auflösung der Gesellschaft während der Liquidation ein Gesellschafter auch nicht mehr ausgeschlossen werden kann (vgl. RG. 74, 62 und hierzu die Aufsätze von Hachenburg in JW. 1911, 430 und von Flechtheim in JW. 1911 S. 176 und 479). Das Verfahren nach § 135 HGB. dient ja gerade dazu, dem Gläubiger ein Recht auf Einleitung der Liquidation zu gewährleisten (vgl. Staub Anm. 7 zu § 135). Es wird gegenstandslos, wenn das Liquidationsverfahren bereits eingeleitet ist.

2. Die prozessuale Möglichkeit, die Liquidationsgesellschaft zu verklagen, auch wenn es an einer ordnungsmäßigen Vertretung der Gesellschaft durch Liquidatoren fehlt, gewährt unter gewissen Voraussetzungen § 57 ZPO.

Die Liquidationsgesellschaft ist als insofern noch bestehende offene Handelsgesellschaft (§ 156 HGB.) parteifähig, aber nicht prozeßfähig. Sie ist als eine „durch die Liquidatoren vertretene prozeßunfähige Partei" zu erachten (vgl. RG. 45, 342).

Soll eine prozeßunfähige Partei, die ohne gesetzlichen Vertreter ist, verklagt werden, so hat ihr nach § 57 ZPO. bei Gefahr im Verzuge bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters der Vorsitzende auf Antrag des Gläubigers einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Es kann bedenklich sein, ob der Gläubiger einen solchen Antrag auf Grund der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung stellen darf, wenn ihm ein das materielle Recht regelndes besonderes Gesetz, das Handelsgesetzbuch, das Antragsrecht versagt. In jedem Falle müßte die weitere Voraussetzung einer Gefahr im Verzuge gegeben sein und von dem Gläubiger glaubhaft gemacht werden. Aber die dem Gläubiger eventuell verbleibende Möglichkeit, die Liquidationsgesellschaft zu *verklagen*, ist nur ein Notbehelf und bietet keineswegs einen Ersatz für das Recht, die gerichtliche Ernennung eines Liquidators zu betreiben und sich damit einen Gegner zu schaffen, mit dem man den Rechtsverkehr *ordnungsmäßig* fortsetzen kann.

Man will und kann nicht immer klagen. Der Prozeß ist nicht die normale, sondern eine abnorme Abwicklung eines Rechtsverhältnisses. Eine Rechtsgestaltung, die den Prozeß als das einzige Mittel zur Verwirklichung eines Anspruches erscheinen läßt und eine Lösung im Wege friedlicher Verhandlungen unmöglich macht, wäre schon grundsätzlich verfehlt. Die wirtschaftlichen Beziehungen vertragen aber zum Teil überhaupt nicht die gewaltsame Beendigung durch einen Prozeß. Ein Rechtsstreit beeinträchtigt oft die Interessen des Gläubigers nicht minder als die des Schuldners. Gerade bei Liquidationen wird dies praktisch. Man denke an folgenden Fall, der bei der Auflösung eines Geschäftes besonders häufig ist. Es laufen Wechselverbindlichkeiten, für die der Gläubiger nur dann eine Befriedigung erwarten kann, wenn die Wechsel immer wieder gegen allmähliche Abzahlungen nach Maßgabe der Eingänge des Schuldners und gegen neue Wechsel prolongiert werden. Die Liquidationsgesellschaft muß ihrerseits ihren Wechselvormännern, um sie überhaupt nur zahlungsfähig zu erhalten, in weitestem Umfange Prolongation gewähren. In solchen Fällen bildet sich ein weitverzweigtes Netz von Stundungen, Abzahlungen und Prolongationen, das mit Takt und Nachsicht behandelt werden muß, und das mit rauher Hand zerstört wird, wenn der Gesellschaftsgläubiger — gegen seinen Willen und sein Interesse — genötigt würde, mit der Klage vorzugehen.

Man denke ferner an Verträge mit beiderseitigen Lieferungspflichten, an Sukzessivgeschäfte, die sich glatt und ordnungsmäßig nie durch einen Prozeß abwickeln lassen, ferner an Grundbuchakte, an rechtsgeschäftliche Erklärungen, die von dem Gegenkontrahenten Dritten gegenüber abzugeben sind, z. B. Vollziehung von Wechselunterschriften an einen gemeinschaftlichen Gläubiger und ähnliches.

In allen diesen Fällen muß der Gläubiger in der Lage sein, einem Gegner gegenüber zu stehen, der das Recht und die Möglichkeit hat, die Vertragspflichten der Gesellschaft *freiwillig* und in geordnetem Geschäftsverkehr zu erfüllen. Dies ist nur zu erreichen, wenn der Gläubiger diejenigen Maßregeln zu veranlassen vermag, die das Gesetz dem Gericht übertragen hat, um dem abnormen Zustande des Fehlens vertretungsberechtigter Organe ein Ende zu machen.

III.

Folgt man der herrschenden Meinung und versagt dem Gesellschaftsgläubiger dieses Antragsrecht, so muß man angesichts der geschilderten praktischen Folgen eine Lücke des Gesetzes annehmen.

Ist dies nötig? Man wird sich dazu nur schwer entschließen. Man wird vielmehr fragen, ob das Gesetz zu dieser höchst unbefriedigenden Auslegung zwingt, oder ob nicht vielmehr eine Auslegung möglich ist, die das Antragsrecht gewährt und damit Folgerungen vermeidet, die den Zweck der Liquidation in das Gegenteil verkehren.

Für die Auslegung kommt zunächst der Wortlaut der Gesetzesbestimmung in Betracht.

Hier springt ein Unterschied in der Fassung des Art. 133 des alten HGB. und des § 146 des neuen HGB. in die Augen.

Im Absatz 2 des Art. 133 des alten HGB. heißt es:

> Auf Antrag eines *Gesellschafters* kann aus wichtigen Gründen die Ernennung von Liquidatoren durch den Richter erfolgen.

Absatz 2 des § 146 des neuen HGB. lautet dagegen:

> Auf Antrag eines *Beteiligten* kann aus wichtigen Gründen die Ernennung durch das Gericht erfolgen.

Wenn ein besonderer Grund für die verschiedene Fassung obgewaltet hat, so könnte man ihn darin finden, daß nach altem Rechte die Ernennung eines gerichtlichen Liquidators beim Streite zwischen den Gesellschaftern im ordnungsmäßigen Prozeßwege zu betreiben war und nicht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit, während es sich nach dem neuen Rechte ausschließlich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt, dessen Erledigung dem Amtsgericht als Registergericht obliegt. Die Organisation der freiwilligen Gerichtsbarkeit, als einer richterlichen Verwaltungstätigkeit, gestattet — gegenüber dem in Form eines Parteistreits mit bestimmten Parteirollen auszutragenden Prozesse — eine Erweiterung des Kreises derjenigen Personen, die die behördliche Tätigkeit durch Antragsstellung in Bewegung setzen können.

Der letzte Satz des Absatzes 2 des § 146 hat folgenden Wortlaut:

> Als Beteiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt.

Offenbar wird aus der besonderen Erwähnung des Gläubigers, der nach Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens die Gesellschaft gekündigt hat, im Wege der Schlußfolgerung aus dem Gegenteil die Annahme hergeleitet, daß andere Gesellschaftsgläubiger nicht als Beteiligte gelten könnten.

Eine solche Schlußfolgerung liegt zwar nahe und hat auf den ersten Blick etwas Überzeugendes. Sie erscheint jedoch bei näherem Zusehen nicht zwingend. Der Gläubiger, der gemäß § 135 HGB. gekündigt hat, wird in jener Bestimmung nicht in Beziehung gebracht zu den anderen Gläubigern, sondern zu den anderen *Gesellschaftern*. Das Recht des Gläubigers, der das Auseinandersetzungsguthaben einer Gesellschaft sich hat überweisen lassen, erschöpft sich grundsätzlich in der Befugnis, die Auflösung der Gesellschaft und ihre Liquidation herbeizuführen. Er hat sonstige Gesellschaftsrechte nicht und ist weder

an Stelle des Gesellschafters noch neben ihm zum Liquidator berufen. Nur in bezug auf das Recht, die gerichtliche Ernennung eines Liquidators zu beantragen, sollte er dem Gesellschafter gleichgestellt werden, und dies ist durch die besondere Bestimmung zum Ausdruck gebracht. (So die Denkschrift zum HGB., StenB. des RT. 9. LP. 4. Sess. 1895/97 S. 3190.)

Ob auch anderen Gläubigern das Antragsrecht gewährt werden soll, hat das Gesetz überhaupt nicht erörtert. Die Frage ist daher so zu stellen, ob nach dem Zwecke des Gesetzes ein solches Recht zu verneinen oder zu bejahen ist.

Es ist nicht zu erkennen, aus welchen Gründen der Gläubiger, der nach Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens die Gesellschaft gekündigt hat, anders behandelt werden soll als ein Gläubiger, dem gleichfalls das Auseinandersetzungsguthaben überwiesen ist, der aber nicht gekündigt hat oder nicht mehr zu kündigen brauchte, weil sich die Gesellschaft inzwischen ohnedies aufgelöst hat; oder der sich erst während des Schwebens des Liquidationsverfahrens das Auseinandersetzungsguthaben auf Grund einer Pfändung hat überweisen lassen. Denn für das Recht des Pfändungs- und Überweisungsgläubigers, einen Einfluß auf eine geordnete Liquidationstätigkeit zu üben, kann die zufällige Tatsache der Kündigung der Gesellschaft nicht erheblich sein. Wenn man aber jedem Gläubiger, dem das Auseinandersetzungsguthaben überwiesen ist, ohne Rücksicht auf die Kündigung das Antragsrecht gewährt, dann haben alle Gläubiger unterschiedslos die Möglichkeit, sich durch Klage gegen einen Gesellschafter und Pfändung und Überweisung des Auseinandersetzungsguthabens das Recht zu verschaffen.

Würde hiernach dieser schon oben als zwecklos und kostspielig gekennzeichnete Umweg zum Ziele führen, so kann man, will man nicht in öden Formalismus verfallen, den direkten, geraden und kurzen Weg zu dem gleichen Ziele nicht ausschließen.

Die Frage spitzt sich am letzten Ende darauf zu, ob der Satz

> „Als Beteiligter gilt außer den Gesellschaftern im Falle des § 135 auch der Gläubiger, durch den die Kündigung erfolgt ist"

den Kreis der Antragsberechtigten erschöpfend und mit Ausschließlichkeit bestimmt. Eine solche Einschränkung wird aber, soweit ersichtlich, nirgends angenommen. Übereinstimmend wird z. B. den Erben, die doch nur Rechtsnachfolger des Gesellschafters sind, und denen die höchstpersönliche Beziehung des Gesellschafters zur Gesellschaft ermangelt, das Antragsrecht eingeräumt. Vor allem aber wird es auch dem Liquidator selbst, auch wenn er nicht Gesellschafter ist, gewährt. Liegen bei dem Liquidator widerstreitende Interessen vor, handelt es sich um Verträge, um sonstige Rechtsbeziehungen oder um Prozesse zwischen ihm und der Gesellschaft, so ist die Befugnis des Liquidators, für diesen bestimmten Zweck an seiner Stelle die Ernennung eines anderen Liquidators zu beantragen, unbestritten (vgl. z. B. RG. 47, 18).

Gibt man aber anderen als den im § 146 HGB. ausdrücklich erwähnten Personen überhaupt ein Antragsrecht, läßt man also eine Erweiterung des Kreises grundsätzlich zu, so können für die Frage, wie weit man diesen Kreis zieht, nur Erwägungen praktischer Zweckmäßigkeit maßgebend sein, soweit dies mit dem Ziele der Liquidation vereinbar ist. Die Aufgaben der Liquidatoren sind im § 149 HGB. umschrieben. Danach haben die Liquidatoren unter anderem die laufenden Geschäfte zu beendigen und die Gläubiger zu befriedigen.

Die Aktionsfähigkeit der Liquidationsgesellschaft wiederherzustellen, indem man sie in die Lage versetzt, die im § 149 HGB. genannten Rechtshandlungen vorzunehmen, widerspricht daher nicht nur nicht dem Ziel der Liquidation, sondern liegt durchaus in dem Rahmen ihres gesetzlichen Zweckes.

Bedenken gegen die Erweiterung des Antragsrechts könnten nur aus dem Wortlaut des § 147 BGB. entnommen werden. Danach geschieht die Abberufung der Liquidation durch einstimmigen Beschluß der „nach § 146 Abs. 2 und 3 Beteiligten"; sie kann auch auf Antrag eines Beteiligten aus wichtigen Gründen durch das Gericht erfolgen.

So sehr dem Antragsrecht eines Gläubigers auf Bestellung eines Liquidators das Wort geredet werden muß, damit er die Möglichkeit erlangt, sich einen aktionsfähigen Gegenkontrahenten zu verschaffen, so wenig kann ihm die Befugnis eingeräumt werden, an dem Beschlusse über die Abberufung eines Liquidators mitzuwirken. Nicht bloß daß bei dem Erfordernis der Einstimmigkeit jeder — noch so geringfügige — Gesellschaftsgläubiger durch seinen Widerspruch den Gesellschaftern, die unter sich einig sind, seinen Willen aufzwingen und das Abberufungsrecht der Gesellschafter in den meisten Fällen überhaupt illusorisch machen könnte, fehlt es auch an jeder inneren Berechtigung und praktischen Notwendigkeit für das Abberufungsrecht des Glaubigers. In der Tat unterscheidet sich § 147 HGB. in seinem Wesen von dem § 146. Die Abberufung der Liquidatoren berührt lediglich das Innenverhältnis der Liquidationsgesellschaft, ebenso wie der in seinem Inhalt ähnliche § 152 HGB. nur die Geschäftsführung der Liquidationsgesellschaft nach innen betrifft. Ob die gesetzlichen Vertreter, wenn sie überhaupt vorhanden sind, geeignet sind oder nicht, das geht nur die Gesellschafter, nicht aber einen Dritten an. § 146 greift dagegen unmittelbar in das Außenverhältnis der Gesellschaft, also in den Rechtsverkehr mit Dritten, hinüber.

Eine Notwendigkeit, trotz der Bezugnahme des § 147 auf die „nach § 146 Abs. 2, 3 Beteiligten" den Kreis der Antragsberechtigten vollkommen zu identifizieren, besteht nicht. Es ist oben ausgeführt, daß aus Gründen praktischer Natur und im Hinblick auf den Zweck dieser Bestimmung in dem besonderen Falle des § 146 eine Erweiterung des Kreises der dort genannten Beteiligten geboten ist. Daraus ist nicht zu folgern, daß auch in allen anderen Fällen die Erweiterung paßt und schematisch angewendet werden müßte.

Man kann, wie dargelegt, zu diesem Ergebnis gelangen, ohne im Gesetz eine Lücke zu finden.

„Es ist vorauszusetzen, daß das Gesetz von zwei oder mehreren möglichen, von ihm nicht ausdrücklich angeordneten und nicht ausdrücklich verbotenen Ergebnissen das richtigste und praktischste gewollt hat."

Dieser Ausspruch von Ernst Fuchs

> „Der Methodenstreit und die Kontroverse über die Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG.", JW. 1912, 267,

gibt unabhängig von dem herrschenden Methodenstreit nur eine altbewährte Regel der Rechtsauslegung wieder. Das praktische Resultat soll schon nach Ihering das Korrektiv des theoretischen Denkens abgeben.

Aber auch wenn man eine Lücke des Gesetzes annehmen wollte, so müßte man sie ohne Rücksicht auf die Konstruktion nach dem Zwecke des Gesellschaftsrechts und dem wirtschaftlichen Bedürfnisse ausfüllen (vgl. auch Hachenburg in dem oben erwähnten Aufsatz JW. 1911, 432).

Die Fortentwicklung des Rechtes — nicht zum geringsten auf Grund der Rechtsprechung des Reichsgerichts — beruht auf der Anwendung dieses Grundsatzes.

Das Recht des Gläubigers und eines Vertragsgegners der Gesellschaft durch einen Antrag bei dem Registerrichter die Bestellung eines gerichtlichen Liquidators herbeizuführen, muß hiernach mindestens in den Fällen, in denen ohne einen solchen Antrag die Liquidationsgesellschaft der ordnungsmäßigen gesetzlichen Vertretung entbehren und damit verhandlungsunfähig würde, anerkannt werden. Insofern bedarf die allgemein herrschende Ansicht einer Berichtigung.

---

## Darf der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen zur Masse einfordern, wenn er die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt?

Von Gerichtsassessor Dr. Pakuscher, Berlin.

Die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Erfüllung zweiseitiger Verträge werden in § 17 KO. nicht erschöpfend geregelt. Das Gesetz enthält z. B. keine Bestimmung darüber, ob der Konkursverwalter die vom Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung geleisteten Anzahlungen einfordern darf, wenn er die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt.

Nach der älteren Rechtsprechung des RG.,[1]) der die OLG. Dresden[2]) und Braunschweig[3]) folgen, ist der Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht verpflichtet, die vor dem Ausbruche des Konkurses empfangenen Teilleistungen zur Masse zurückzugewähren. Die gleiche Ansicht wird in der Literatur von Petersen,[4]) Hellmann,[5]) Willenbücher,[6]) Brachmann[7]) u. a. vertreten und kann als die herrschende Meinung bezeichnet werden.

Sie geht davon aus, daß der Konkursverwalter durch seine Ablehnungserklärung den Vertrag nicht aufhebe und daher auch die bereits vor der Konkurseröffnung eingetretenen „praktischen Folgen des Vertrages" nicht wieder beseitigen könne.

Zur Rechtfertigung dieses Standpunktes bemerkt das RG. in Bd. 56 S. 241, man dürfe den vertragsuntreuen Konkursverwalter nicht vor dem vertragstreuen Gläubiger bevorzugen. Das OLG. Dresden[8]) meint, der Verwalter müsse eine Rechtslage anerkennen, die er selbst erst durch seine Erklärung geschaffen habe. Dasselbe Gericht führt in einer neueren Entscheidung[9]) aus, das Gesetz habe dem Verwalter nur das Wahlrecht eingeräumt, kraft dessen er in so außergewöhnlicher Weise in das Vertragsverhältnis eingreifen dürfe; weitergehende Befugnisse habe er dagegen nicht erhalten, insbesondere nicht das Recht, die Anzahlungen des Gemeinschuldners zurückzuverlangen.

Die OLG. Dresden[10]) und Braunschweig[11]) erkennen an, daß ihr Standpunkt eine gewisse Härte gegenüber der Konkursmasse bedeute. Nach ihrer Meinung wird jedoch trotz der Preisgabe der Anzahlungen des Kridars das Interesse der Konkursmasse immer noch dadurch gewahrt, daß die Ablehnung des Verwalters die noch schädlicheren Folgen einer weiteren Vertragserfüllung von der Masse abwendet.

Dennoch kann der herrschenden Lehre der Vorwurf nicht erspart werden, daß sie zu unbefriedigenden Ergebnissen gelange. Mit Recht betont das RG. in Bd. 73 S. 60 ff., daß häufig gerade ein umsichtiger Konkursverwalter trotz erheblicher Teilleistungen des Gemeinschuldners die Erfüllung eines für die Masse durchaus günstigen Vertrages ablehnen müsse, weil er wegen der Abwicklung eines einzelnen langfristigen Vertrages die Beendigung des Konkurses nicht in unangemessener Weise hinausschieben dürfe. In derartigen Fällen zeigt sich die Unbilligkeit der herrschenden Lehre mit besonderer Deutlichkeit. Lediglich deshalb, weil der Konkursverwalter nicht die nötige Zeit zur Erfüllung des Vertrages hat, erlangt hier der Vertragsgegner des Kridars auf Kosten der schon an sich meistens schwer benachteiligten Konkursgläubiger einen unverdienten Vorteil. Er behält die Anzahlungen des Gemeinschuldners ohne Gegenleistung und wird dadurch noch besser gestellt, als wenn der Vertrag von beiden Seiten vollständig erfüllt worden wäre.

Mit Rücksicht auf die soeben geschilderten Konsequenzen der herrschenden Lehre hat das RG. in seiner bereits zitierten Entscheidung (Bd. 73 S. 60 ff.) einen neuen Weg eingeschlagen, um der Konkursmasse zu einem Anspruche gegenüber dem Kontrahenten des Gemeinschuldners zu verhelfen.

Nach der Ansicht des RG. gleicht die eigentümliche Zwangslage, die den Konkursverwalter häufig zur Ablehnung der Erfüllung nötigt, in hohem Grade der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung. Das RG. entnimmt daher dem § 325 BGB. die Regelung der nach seiner Meinung durch §§ 17, 26 KO. keineswegs ausgeschlossenen Rechte der Konkursmasse gegenüber dem Kontrahenten des Gemeinschuldners. Es erblickt in §§ 325 BGB., 17 KO. nur zwei einzelne Anwendungsfälle des allgemeinen Grundsatzes, daß Teilleistungen nur dann endgültig beim Empfänger verbleiben, wenn dieser seinem Gegner einen entsprechenden Teil der Gegenleistung gewährt.

Infolgedessen gibt das RG. der Konkursmasse einen auf dem Vertrage beruhenden Anspruch auf eine den Teillieferungen des Gemeinschuldners entsprechende teilweise Gegenleistung.

Die neue Konstruktion des RG. zerstört allerdings die Einheit des Vertrages. Das OLG. Dresden hat bereits in OLGRspr. 4, 169 ff. darauf hingewiesen, daß der Konkurs-

---

[1]) Bolze Bd. 3 Nr. 1520 (JW. 1886, 348); Bolze Bd. 26 Nr. 872; SeuffA. 59, 281; RG. 56, 239 ff.; JW. 1893, 601.
[2]) SeuffA. Bd. 42 Nr. 176; Bd. 64 Nr. 163; OLGRspr. 4, 168.
[3]) SeuffA. Bd. 59 Nr. 70.
[4]) Petersen S. 96 Ziff. 11 zu § 17.
[5]) Hellmann S. 265 A. 2 zu § 27.
[6]) Willenbücher S. 42 A. 6 zu § 17.
[7]) Brachmann S. 40 zu § 14.
[8]) SeuffA. 42, 248.
[9]) SeuffA. 64, 344 ff.
[10]) OLGRspr. 4, 170.
[11]) SeuffA. 59, 127.

verwalter das einheitliche Vertragsverhältnis in zwei verschieden zu behandelnde Bestandteile zerlegt, wenn er einen Teil der Leistung des Gegners einfordert, im übrigen aber die Erfüllung des Vertrages zurückweist. Indessen läßt sich diese Spaltung des Schuldverhältnisses gerade durch die Analogie aus § 325 BGB. rechtfertigen, denn auch in den Fällen des § 325 BGB. wird der eine Teil des ursprünglich einheitlichen Vertrages erfüllt, der andere dagegen nicht.

Anders gestaltet sich das Problem, sobald der in Betracht kommende Vertrag auf Leistung eines untrennbaren Gegenstandes gerichtet ist. Hier ist der Austausch von Teilleistungen praktisch undurchführbar. Hatte z. B. der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung ein Haus gekauft und zum Teil bereits bezahlt, so kann man dem Verkäufer im Falle der Erfüllungsverweigerung des Konkursverwalters nicht zumuten, einen den Anzahlungen des Kridars entsprechenden Teil des Hauses als Gegenleistung der Masse zu übereignen.

Man könnte höchstens in derartigen Fällen die Analogie aus § 325 BGB. auf einem anderen, vom RG. in seiner obigen Entscheidung[12]) bereits angedeuteten Wege verwerten. Der Verkäufer eines Grundstücks hat an dem teilweisen Austausch der beiderseitigen Leistungen kein Interesse. Es liegt daher nahe, ihm mittels entsprechender Anwendung der §§ 325, 280 Abs. 2, 346 BGB. unter Zubilligung eines Schadensersatzanspruchs wegen völliger Nichterfüllung des Vertrages die Verpflichtung aufzuerlegen, die Anzahlungen des Gemeinschuldners nach Rücktrittsgrundsätzen zur Masse zurückzugewähren.

Die konsequente Durchführung der Analogie aus § 325 BGB. führt also zu dem Ergebnis, daß je nach der Eigenart des Vertrages die Konkursmasse entweder einen Anspruch auf die teilweise Gegenleistung oder auf Rückgabe der erhaltenen Teilzahlungen hat. Diese Differenzierung der einzelnen Fälle mag an sich zu Bedenken noch keinen Anlaß geben, wohl aber dürfte das dem § 17 KO. zugrunde liegende konkursrechtliche Prinzip mit dem vom RG. zugelassenen Austausch der Teilleistungen nicht vereinbar sein.

Infolge der Ablehnung des Konkursverwalters „konzentriert" sich das Schuldverhältnis. Die beiderseitigen Ansprüche auf die Verwirklichung des ursprünglichen Vertragsinhalts fallen fort und an ihre Stelle tritt die Entschädigungsforderung des Gegners des Kridars (§ 26 KO.).[13]) Es bleibt also auch kein Raum mehr für den vom RG. konstruierten Anspruch der Masse auf die teilweise Gegenleistung.

Kommt aber nur noch der Anspruch auf Rückgewähr der Anzahlungen in Frage, so bedarf es der oben dargelegten Analogie aus §§ 325, 280 Abs. 2, 346 BGB. nicht, es genügt vielmehr ein Zurückgehen auf das soeben erwähnte Konzentrationsprinzip des § 17 KO. Allerdings darf man seine Wirkungen nicht wie die ältere Praxis auf die noch ausstehende Restерfüllung des Vertrages beschränken, sondern muß im Sinne der Jaegerschen Theorie[14]) die Umwandlung des Schuldverhältnisses in vollem Umfange eintreten lassen. Nimmt man also an, daß der ursprüngliche Vertragsinhalt völlig beseitigt und durch den Schadensersatzanspruch des Gläubigers ersetzt wird, so behält der Gegner des Kridars die bereits empfangenen Teilzahlungen zwar immer noch auf Grund des fortbestehenden Vertrages, aber nicht mehr als teilweise Erfüllung, sondern in Anrechnung auf seine Entschädigungsforderung.

Dies gilt natürlich nur insoweit, als sich die Teilleistung des Gemeinschuldners und das Interesse seines Gegenkontrahenten decken. Übersteigt dagegen die Teilzahlung des Kridars den Schaden des anderen Teils, so steht der Konkursmasse in Höhe des Überschusses eine condictio ob causam finitam nach § 812 Satz 2 BGB. zu, „weil das nunmehr inhaltlich umgewandelte Schuldverhältnis ein Behalten jenes Mehrwerts nicht mehr rechtfertigt" (Jaeger a. a. O.).

Die Jaegersche Theorie verdient sowohl vor der älteren Praxis wie vor der in Bd. 73 S. 60 ff. aufgestellten Konstruktion des RG. den Vorzug, da sie eine einheitliche und befriedigende Lösung des hier erörterten Problems zu bieten vermag, ohne dabei mit dem Grundgedanken des § 17 KO. in Widerspruch zu geraten.

[12]) Bd. 73 S. 62.

[13]) cf. z. B. Jaeger § 17 S. 204 A. 43, S. 206 A. 44, S. 209 A. 50 ff.; Wilmowski S. 97 § 17; Willenbücher S. 41 Z. 6 zu § 17 u. a.

[14]) S. 208 A. 46 zu § 17.

## Nochmals: Die Erteilung gewerblicher Konzessionen an juristische Personen und die Praxis.

Von Gerichtsassessor Dr. L. Waldecker, Charlottenburg.

In JW. 1912, 1126 habe ich die Stellungnahme der Praxis zu der Frage der Erteilung gewerblicher Konzessionen an juristische Personen behandelt. Ich konnte hier feststellen, daß die Praxis bei der Erteilung gewerblicher Konzessionen keinen Unterschied macht, ob es sich um juristische oder natürliche Personen handelt. Weiter stellte ich fest, daß die unter der Herrschaft der früheren Rechtsprechung ausgebildete Praxis, die Konzession nicht auf den Namen des Vereins selbst, sondern auf den eines Vorstandsmitgliedes, Angestellten u. dgl. für den Verein ausstellen zu lassen, noch heute vielfach üblich, und jedenfalls bisher nicht beanstandet worden ist. Das oldenburgische OVG. hat nun in einer Entscheidung vom 18. Januar 1912 (GewArch. 12, 32) den Grundsatz aufgestellt, daß an solche Funktionäre die Konzession für die juristische Person nicht mehr erteilt werden dürfe. Denn nur selbständige Gewerbetreibende seien konzessionsfähig; wer aber wie ein Angestellter (z. B. Lagerhalter) oder Vorstandsmitglied des Konsumvereins nur namens und für Rechnung desselben tätig sein will und soll, sei als selbständiger Gewerbetreibender nicht zu erachten und mithin nicht konzessionsfähig. Mit dieser Entscheidung steht das oldenburgische OVG. im Gegensatz zu der in meinem vorigen Artikel bereits erwähnten Entscheidung des RG. vom 9. Juli 1912, die ausdrücklich diesen Weg der Erteilung der Konzession an einen Funktionär für zulässig erachtet. Da die Entscheidung meines Wissens auch seither noch nicht in vollem Umfange veröffentlicht ist, lasse ich den maßgebenden Text hier folgen:

> „Die Vorschrift (des Preuß. Stempelgesetzes Tarifstelle 22c) hat die praktische Bedeutung nicht dadurch verloren, daß die Erlaubniserteilung an die juristische Person selbst nicht mehr als unzulässig gilt. Ungeachtet der Ent-

scheidung des OVG. Bd. 56 S. 378 konnten, gerade von dem in dem Urteile des RG. vom 29. Juni 1900 (JW. 1900, 630) eingenommenen Standpunkte aus, juristische Personen es vorteilhafter finden, auch in Zukunft die Erlaubnis aus § 33 GewO. nicht für sich, sondern für einen Vertreter oder Bevollmächtigten zu erwirken. Dem Nachteile, der hieraus für die Staatskasse entstehen könnte, wird durch die Vorschrift des Abs. 2 a. a. O. fortdauernd wirksam begegnet."

Dieser Standpunkt des RG. dürfte auch der allein richtige sein. Würde man der Ansicht des oldenburgischen OVG. folgen, so käme man zu dem eigenartigen Ergebnis, daß eine Änderung der Rechtsprechung dazu führen konnte, den durch die frühere Rechtsprechung geschaffenen Rechtszustand einfach für ungesetzlich zu erklären. Inwieweit eine solche Auffassung nicht etwa zur Zurücknahme dieser früheren Konzessionen auf Grund des § 53 Abs. 2 GewO. führen müßte, soll hier nicht weiter untersucht werden. Bemerkt sei nur, daß sich die oldenburgische Entscheidung recht schlecht mit § 45 GewO. in Einklang bringen läßt, sobald ausdrücklich die Erteilung der Konzession auf den Namen des „NN. für den Verein" beantragt wird. —

Interessant an dieser oldenburgischen Entscheidung ist noch, daß sie die früher von demselben Gerichtshof aufgestellten Grundsätze über die Prüfung der Bedürfnisfrage bei der Erteilung der Konzession an eine juristische Person durchbricht. Früher, vergl. meinen erwähnten Aufsatz, sollte es hier wie bei natürlichen Personen gehalten werden. Jetzt erklärt das OVG.:

„Praktisch läuft die Wirkung der dem Konsumverein und juristischen Personen erteilten Konzession aus § 33 GewO. beinahe auf eine Realgewerbegerechtsame hinaus. Die Erneuerung der Konzession ist beim Wechsel der Vorstandsmitglieder nicht erforderlich, eben weil der Verein und die juristische Person die Konzession besitzen. Wenn eines dieser Mitglieder die erforderliche Fähigkeit zum Gewerbebetriebe verliert, oder wenn neue Mitglieder in den Vorstand treten, die die notwendigen persönlichen Eigenschaften nicht haben, so ist allerdings die Entziehung der Erlaubnis zulässig. Das wird aber in der Praxis selten vorkommen. Die Bedürfnisfrage scheidet somit für die Zukunft so gut wie aus; wenn sie einmal für diese Gesellschaften anerkannt ist, wird ihre Konzession bestehen bleiben, mag auch das Bedürfnis im Laufe der Zeit infolge veränderter Verhältnisse vielfach weggefallen sein. Insoweit genießen sie einen Vorzug vor den physischen Personen als Konzessionsträger, da mit dem Tod dieser die Erlaubnis regelmäßig erlischt. Diese Erwägungen führen dazu, die Bedürfnisfrage einer scharfen Prüfung zu unterwerfen, bevor juristischen Personen und Vereinen eine Genehmigung aus § 33 GewO. erteilt wird."

Es ist nicht zu verkennen, daß diesen letzteren Erwägungen eine gewisse Berechtigung innewohnt, aber nicht de lege lata. Die Vorgeschichte der Novelle zur GewO. von 1896 bietet keinen Anhaltspunkt, um eine solche Erschwerung der Konzessionierung von juristischen Personen zu rechtfertigen. Vor allem aber scheint mir übersehen zu sein, daß ein Verein die Schankkonzession nicht erwirkt, um einen Wirtschaftsbetrieb für jedermann zu eröffnen, sondern er will doch gerade seine Mitglieder auch in dieser Hinsicht an den Verein binden. Und da insonderheit Konsumvereine, die in erster Linie als Träger solcher Konzessionen in Betracht kommen und gegen die sich die oldenburgische Entscheidung richtet, auf den Kreis ihrer Mitglieder mit ihren Geschäften beschränkt sind, dürfte die Erwägung ganz entfallen. Denn ein Bedürfnis wird hier so lange bestehen, als der Verein tätig ist. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß nach der Rechtsprechung die Verhältnisse des Vereins allein nicht ausreichen, um die Bedürfnisfrage zu bejahen. Liegen aber die Verhältnisse so, daß die Bedürfnisfrage überhaupt einmal zu bejahen ist, so ist ohne gesetzlichen Zwang nicht abzusehen, weshalb ein besonders strenger Maßstab bei ihrer Prüfung angelegt werden soll, bloß weil es sich um eine juristische Person handelt, bei der mutmaßlich in absehbarer Zeit die Bedürfnisfrage nicht wieder geprüft werden wird. Daß etwas ähnliches auch bei natürlichen Personen vorkommen kann, sagt die Entscheidung ja selbst. Die Entscheidung kommt letzten Endes auf die Erwägungen heraus, aus denen das preußische OVG. sich früher gegen die Konzessionierung juristischer Personen überhaupt erklärt hat.

## Zum Reichs-Grundstücksstempel.

Von Regierungsrat Dr. Greiff, Berlin-Schlachtensee.

A. Obwohl seit dem Inkrafttreten der Reichsstempelnovelle vom Jahre 1909 mehr als 3 Jahre verstrichen, auch schon verschiedene eingehende Bearbeitungen des Gesetzes (von Cuno-Hoffmann, Greiff, Weinbach) erschienen und schließlich zahllose Entscheidungen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte sowohl wie der Verwaltungsbehörden zu den neuen Bestimmungen ergangen sind, bleiben der Zweifelspunkte noch übergenug. Insbesondere auf dem Gebiete des Grundwechselabgabenrechtes harren — ungeachtet der gründlichen Monographien zur Tarifnummer 11 von Brachvogel, Kloß und Zimmermann-Ott — noch viele und wichtige Fragen der Lösung. Heute sei nur eine dieser herausgegriffen, aber eine solche, die angesichts der zurzeit — wenigstens in den Großstädten — geradezu zur Kalamität gewordenen Zwangsversteigerungen von weittragender praktischer, d. h. hier finanzieller Bedeutung ist.

Es handelt sich um die Auslegung der Anm. c in Sp. 4 von Tarifnummer 11a (wörtlich gleichlautend mit Tarifstelle 32 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 3 PreußLStempG.), deren Tragweite noch nicht genügend ins rechte Licht gerückt zu sein scheint:

„Wenn der Ersteher zur Zeit der Einleitung der Zwangsversteigerung Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger ist, so tritt an die Stelle des Meistgebots, falls dieses hinter dem Gesamtbetrage der Hypotheken- und Grundschuldforderungen des Erstehers und der diesen vorgehenden Forderungen zurückbleibt, dieser Gesamtbetrag, sofern er nicht den Wert des Gegenstands übersteigt."

Während also nach der Regel der Berechnungsvorschrift Sp. 4 Ziff. 4 bei Zwangsversteigerungen der Stempelberechnung der Betrag des Meistgebots (einschließlich der vom Ersteher

übernommenen Leistungen), falls aber der Wert des Gegenstands (d. h. meist eines Grundstücks) höher ist, dieser zugrunde zu legen ist, soll die Bestimmung der Anm. c demjenigen Hypotheken(Grundschuld-)gläubiger eine steuerliche Erleichterung gewähren, welcher sich zwecks teilweiser Rettung seiner Hypothek zum Erwerb des belasteten Grundstücks genötigt sieht (vgl. Begr. zum RStempG. 1909 S. 12 f.; KommB. zum Preuß. LStempG. 1909 S. 43 f.).

B. Zur Wortinterpretation sei zunächst bemerkt, daß der Ausdruck „an die Stelle" zum mindesten mißverständlich, wenn nicht geradezu irreführend ist. Gemeint ist offenbar folgendes: Liegt einmal die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Anm. c vor, d. h. übersteigt in dem hier gedachten Falle der fragliche Gesamtbetrag das Meistgebot, dann ist für die Abgabenberechnung ausschließlich und dauernd jener Gesamtbetrag maßgebend — sofern er nicht den Grundstückswert übersteigt. Die Rechtslage ist hiernach nicht etwa so aufzufassen, als ob nunmehr der Gesamtbetrag in die Funktion des Meistgebots als einer der beiden Berechnungsfaktoren im Rahmen der Sp. 4 Ziff. 4 einträte. Mit anderen Worten: Ist der Gesamtbetrag höher als das Meistgebot, dann ist steuerrechtliche Berechnungsgrundlage niemals das Meistgebot, sondern jener Betrag, mag er auch hinter dem Grundstückswert zurückbleiben. Nur dann kommt letzterer in Betracht, falls er niedriger ist.

Die Schlußworte „sofern er (d. h. der Gesamtbetrag) nicht..." besagen demgemäß nicht, daß die Verdrängung des Meistgebots durch den Gesamtbetrag dann nicht erfolgen, also damit wieder freie Bahn für die Geltung der Regel der Sp. 4 Ziff. 4 sein solle, wenn der Grundstückswert hinter letzterem zurückbleibt, sondern sie wollen lediglich das dem Zwecke der Ermäßigungsvorschrift widersprechende Ergebnis verhindern, daß unter jener Voraussetzung der in seinem Rechte bedrohte Gläubiger noch schlechter gestellt werde als jeder andere Ersteher. Wohl aus diesen Erwägungen heraus bestimmen denn auch die Auslegungsgrundsätze des Bundesrats zum RStempG. vom 23. Mai 1912 Ziff. 7 Abs. 2 a. E.: „Erreicht der Gesamtbetrag jener Forderungen den Wert des Grundstücks nicht, so ist nur der Gesamtbetrag der Forderungen, nicht aber der (höhere) Grundstückswert zu versteuern."

C. Um sich nun die praktische Tragweite der fraglichen Vorschrift vor Augen zu führen, sind zunächst die theoretisch möglichen Anwendungsfälle zu konstruieren; der besseren Übersicht wegen sei das Meistgebot mit m, der Gesamtbetrag mit g und der Grundstückswert mit w, sowie die Begriffe „größer als" und „kleiner als" mit $>$ und $<$ bezeichnet.

1. Ist $m > g$, dann ist Anm. c überhaupt nicht anwendbar, sondern es gilt die Regel der Sp. 4 Ziff. 4; für die Abgabenberechnung maßgebend ist also

a) m, falls $m > w$, dagegen
b) w, falls $m < w$.

Auf das Verhältnis von g zu w kommt es hier nicht an. Beträgt z. B. $m = 30000$ ℳ, dann ist die Steuer zu erheben von dieser Summe, falls w z. B. $= 28000$ ℳ ist, mag sich g auf 29000 ℳ oder auf 27000 ℳ belaufen. Ist aber $w > m$, dann ist nur das Schema: $w > m$, $w > g$ denkbar, nicht aber: $w > m$, $w < g$, denn dann müßte notwendig $g > m$ sein, was der Voraussetzung widerspricht.

2. Ist $m < g$, dann scheidet Sp. 4 Ziff. 4 vollständig aus und es ist nur Anm. c anwendbar. Berechnungsgrundlage ist also

a) g, falls $g < w$, dagegen
b) w, falls $g > w$.

Bemerkenswert ist, daß hier, im Gegensatz zu den Fällen oben unter 1, immer die kleinere der beiden in Betracht kommenden Größen zu berücksichtigen ist. Dagegen kommt es, ähnlich dem oben Bemerkten, auf das Verhältnis von m zu w nicht an.

Beträgt z. B. g 30000 ℳ und w 28000 ℳ, dann hat man sich an die Summe von 28000 ℳ zu halten, mag nun m 29000 ℳ oder 27000 ℳ ausmachen. Ist dagegen $g < w$, dann ist auch hier nur ein Schema denkbar, und zwar: $g < w$, $m < w$, nicht aber: $g < w$, $m > w$, denn dann müßte notwendig $m > g$ sein, was der Voraussetzung widerspricht.

D. Der $^2/_3$ prozentige Reichs- und der 1 prozentige preußische Landesstempel ist danach zu berechnen von einem Betrage von:

1. a[1]) 30000 ℳ, falls $m = 30000$ ℳ, $w = 28000$ ℳ, $g = 27000$ ℳ; d. h. m > w > g

a[2]) 30000 ℳ, falls $m = 30000$ ℳ, $w = 28000$ ℳ, $g = 29000$ ℳ; d. h. m > w > g

b) 20000 ℳ, falls $w = 20000$ ℳ, $m = 19000$ ℳ, $g = 18000$ ℳ; d. h. m > **w** > g

2. a) 10000 ℳ, falls $g = 10000$ ℳ, $w = 11000$ ℳ, $m = 9000$ ℳ; d. h. m > w > **g**

b[1]) 9000 ℳ, falls $g = 11000$ ℳ, $w = 9000$ ℳ, $m = 10000$ ℳ; d. h. m > **w** > g

b[2]) 9000 ℳ, falls $g = 11000$ ℳ, $w = 9000$ ℳ, $m = 8000$ ℳ; d. h. m > **w** > g

Die Bedeutung der Ermäßigungsvorschrift ergibt sich aus dieser Tabelle dahin, daß ohne sie in den Fällen 2a und b[1] der Stempel nach einem Betrage von 11000 ℳ und von 10000 ℳ berechnet werden müßte.

---

## Sind materielle Einwendungen und Widerklagen im Läuterungsverfahren zulässig?

Von Dr. jur. Hans Kemritz, Berlin.

In einer Streitsache war zugunsten des Klägers auf einen Eid erkannt. Nach Rechtskraft des bedingten Endurteils leistete der auswärts wohnende Kläger vor dem ersuchten Richter den Eid vorschriftsmäßig ab. In dem nunmehr anberaumten Verhandlungstermine behauptete der Beklagte, er habe nach der Eidesleistung die Klageforderung in drei Raten getilgt, sogar irrtümlich noch mehr gezahlt, als die Klageforderung betrage. Er beantragte deshalb Klageabweisung, erhob bezüglich des an-

geblich zuviel gezahlten Betrages Widerklage und legte zum Beweise für seine Behauptungen drei Posteinlieferungsscheine vor. Der Kläger blieb jedoch bei seinem Antrage auf Läuterung des Urteils. Das Gericht läuterte auch das Urteil entsprechend, ohne den Zahlungseinwand zu berücksichtigen, und wies die Widerklage als unzulässig ab.

Diese Entscheidung entspricht zwar der in Literatur und Praxis vorherrschenden Ansicht[1]), sie führt jedoch zu unpraktischen und gegenüber dem Beklagten unbilligen Ergebnissen und läßt sich auch mit dem Inhalte des Gesetzes nicht vereinbaren.

Sie ist unbillig, denn man zwingt dadurch den Beklagten, seine Einwände und Gegenansprüche, die schnell und ohne erhebliche Mehrkosten in demselben Verfahren hätten erledigt werden können, in zwei besonderen neuen Prozessen — der Vollstreckungsgegenklage und einer selbständigen Kondiktionenklage — durchzusetzen. Dadurch wird die endgültige Erledigung der aus einem einheitlichen Rechtsverhältnis erwachsenen Streitpunkte auf Monate hinausgeschoben, die Kostenlast fast verdreifacht und dem Gerichte und den Parteien eine Fülle nutzloser Arbeit verschafft. Und das zu einer Zeit, wo man die Zahl der Prozesse durch alle möglichen Hilfsmittel zu verringern sucht!

Die Entscheidung ist aber auch rechtlich nicht haltbar, wie im folgenden gezeigt werden soll:

I. Sie geht davon aus, daß das Läuterungsverfahren eine Verhandlung über die Beweisaufnahme, also darüber sei, ob der Eid richtig geleistet, ob er nur teilweise geleistet oder ob er verweigert worden ist. Das mag in gewissem Sinne zutreffen, daraus folgt aber noch keineswegs, daß materielle Angriffs- und Verteidigungsmittel nunmehr unzulässig sein sollen. Will man das daraus folgern, so übersieht man zweierlei:

1. Die Frage, ob eine Einwendung noch geltendgemacht werden kann, bestimmt sich allein danach, ob diese neue Einwendung gegen die Rechtskraftwirkung des bedingten Endurteils verstoßen würde.[2]) Für die Rechtskraftwirkung eines Urteils ist aber nach allgemein anerkannten Grundsätzen des Prozeßrechtes lediglich der Schluß „derjenigen mündlichen Verhandlung, in der Einwendungen spätestens hätten geltendgemacht werden können" (vgl. § 767 Abs. 2 ZPO.), also der Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, und zwar dergestalt, daß alle nachher entstandenen Tatsachen nicht contra rem judicatam verstoßen. Sie können also nachträglich geltendgemacht werden, und zwar durch Klage (Vollstreckungsgegenklage), wenn das Verfahren in der Instanz vollständig erledigt ist, sonst durch Vorbringen im neuen Verhandlungstermin.

2. Es ist nun nicht einzusehen, warum in dieser Beziehung für das Läuterungsverfahren etwas Besonderes gelten solle. Denn der Umstand, daß noch ein Läuterungsverfahren stattzufinden hat, beweist ja gerade, daß das Verfahren eben in der Instanz trotz des bedingten Endurteils noch nicht völlig erledigt ist. Die Prozeßlage ist nicht anders, als wenn im Falle der §§ 302, 304 ZPO. ein Vorbehaltsurteil ergangen ist, und dann im Nachverfahren nach Rechtskraft des Vorbehaltsurteils neue Einwendungen gegen den durch Vorbehaltsurteil festgestellten Anspruch geltendgemacht werden, die nach dessen Erlaß entstanden sind. Wer das für zulässig hält,[3]) kann folgerichtig nicht anders bezüglich des Läuterungsverfahrens entscheiden. Denn das bedingte Endurteil ist doch — trotz seines Namens — der Sache nach ebenso wie das Vorbehaltsurteil nur eine Zwischenentscheidung, die den Rechtsstreit in der Instanz nicht erledigt, die die Möglichkeit eines Nachverfahrens (Läuterungsverfahrens) gewährt und sogar für die Kostenfrage — anders als das Vorbehaltsurteil — nur als Beweisanordnung angesehen wird (arg. § 24 GKG.). Demnach können auch im Läuterungsverfahren alle Einwendungen gegen den Anspruch insoweit geltendgemacht werden, als sie nicht gegen die Rechtskraft des bedingten Endurteils verstoßen, also nach Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung, auf die das bedingte Endurteil ergangen ist, entstanden sind.

II. Nicht anders liegt die Sache bezüglich der Zulässigkeit einer Widerklage. Eine Widerklage ist — abgesehen von den anderen in § 33 ZPO. festgelegten Voraussetzungen — zulässig, solange der Rechtsstreit über den Anspruch der Vorklage „anhängig" ist. Das ist jedenfalls noch im Läuterungsverfahren der Fall. Sie kann dann erhoben werden in „der mündlichen Verhandlung", und zwar in jeder mündlichen Verhandlung, gleichgültig, ob in ihr über das Ergebnis der Beweisaufnahme oder auch zur Sache verhandelt wird. Denn das Gesetz kennt in dieser Beziehung keinen Unterschied. Darum konnte in dem oben angegebenen Falle nur zweifelhaft sein, ob zwischen dem Anspruche der Vorklage und dem der Widerklage ein rechtlicher Zusammenhang im Sinne des § 33 ZPO. besteht. Aber auch das ist zu bejahen, da ein Zusammenhang jedenfalls mit dem vom Beklagten vorgebrachten Verteidigungsmittel — dem Zahlungseinwande — vorhanden ist.

[1]) RG. 17, 341; 42, 372; Seuffert Bem. 2 zu § 462.

[2]) Vgl. Hellwig Lehrbuch § 219 S. 735.

## Die Erstattungsfähigkeit der Mahnkosten.

Von Rechtsanwalt Dr. Hoffmann, Danzig (Langfuhr).

S. 776 ff. 1912 dieser Zeitschrift beschäftigt sich Gerichtsassessor Dr. Fraeb mit der Frage, ob die Mahnporti im Mahnverfahren dem Gläubiger zuzubilligen sind. Er bejaht die Frage, meines Erachtens zu Recht, aber auf Grund einer umständlichen und künstlichen Konstruktion, die schon wegen der bedenklichen Folgerungen, zu denen sie führt, abzulehnen sein dürfte. Die Ausführungen Fraebs haben kurz folgenden Gedankengang:

> Das Stillschweigen des Schuldners auf ein Mahnschreiben des Gläubigers ist als Anerkennung des Anspruchs durch Nichtbestreiten aufzufassen. Es läuft darauf hinaus, eine Stundung zu erreichen. Mahnt der Gläubiger wiederholt, so genehmigt er dies Stundungsbegehren von Mahnung zu Mahnung. Es kommt also jedesmal ein Stundungsvertrag zustande. Die Mahnporti stellen sich nun als die Kosten des Vertrages dar. Sowohl naturgemäß wie nach Treu und Glauben hat die Kosten dieses Vertrages derjenige zu tragen, dessen Verhalten seinen Abschluß erforderlich macht, also der Schuldner.

[3]) So hier die herrschende Meinung, vgl. Seuffert und Gaupp-Stein Bem. zu § 304 und die dort angeführte Literatur.

Diese scharfsinnigen, aber gekünstelten Gedankengänge sind meines Erachtens nicht erforderlich, um die Frage zu lösen. Ich halte sie aber auch für unrichtig; abgesehen von anderen Bedenken führen sie notwendigerweise zu zwei Rechtssätzen, die mit dem geltenden Rechte in Widerspruch stehen:

1. Die Stundung ist ein Vertrag, bei dem der Gläubiger an das Wesentliche des Vertrages — die Stundung — nicht gebunden ist. Nimmt man an, daß, wie Fraeb lehrt, in dem einstweiligen Nichtvorgehen des Gläubigers eine Annahme des Stundungsantrages liegt, so kann der Gläubiger diesem Vertrage jederzeit nach Belieben durch eine neue Mahnung ein Ende bereiten.
2. Wiederholte Mahnungen unterbrechen die Verjährung, denn im Stillschweigen des Schuldners auf eine Mahnung liegt nach Fraeb eine Anerkennung des Anspruchs.

Schon aus diesen beiden Gründen dürften die Ausführungen Fraebs abzulehnen sein. Meines Erachtens ist es durchaus möglich, auf Grund einfacher Erwägungen, die mit dem Inhalte des Gesetzes in Einklang stehen, zu einem Ziele zu gelangen, das den Anforderungen des Lebens entspricht.

Vorauszuschicken ist, daß dasjenige, was von den Mahnporti gilt, auch von allen anderen Kosten des Verzuges gelten muß, insbesondere also den Kosten der Mahnschreiben, die der Gläubiger durch einen Rechtsanwalt ergehen läßt.

Alle diese Mahnkosten sind in zwei Abteilungen zu scheiden:

1. die Kosten der den Schuldner in Verzug setzenden Mahnung,
2. die Kosten aller späteren Mahnungen.

Die Kosten der ersten Mahnung halte ich für nicht erstattungsfähig. Es fehlt an jedem gesetzlichen Grunde dafür. Ebensowenig sprechen praktische Gründe für ihre Erstattbarkeit. Die erste Mahnung hat den Zweck, den Schuldner in Verzug zu setzen. Erst mit dem Eintritte des Verzuges wird der gegen den Staat gerichtete Anspruch des Gläubigers auf Erlaß des Urteils schlüssig (vgl. § 93 ZPO.). Es ist nun Sache des Gläubigers, die Voraussetzungen seines Anspruchs zu schaffen. Also hat er die Kosten der ersten Mahnung zu tragen. Dieser Ansicht scheint auch Fraeb zu sein. Das LG. I Berlin, KGBl. 19, 49, und Hoppe, DJZ. 11, 585, lehren, daß der Schuldner die Kosten der ersten Mahnung zu tragen habe. Das LG. I Berlin führt Gründe nicht an. Hoppe erklärt die Kosten dieser Mahnung für Kosten der Vorbereitung des Prozesses und hält sie daher gemäß § 91 ZPO. für erstattungsfähig. Meines Erachtens können sie als Kosten der Vorbereitung des Prozesses nicht angesehen werden. Darunter sind nur solche Aufwendungen zu verstehen, die beim Vorliegen eines schlüssigen Klagefundaments gemacht werden, um der Partei die Anfertigung der Klage oder dem Gericht die Entscheidung zu erleichtern, so z. B. die Kosten eines vorbereitenden Gutachtens oder einer Ortszeichnung. Hier aber handelt es sich, wie bereits ausgeführt, um Aufwendungen, die den Anspruch erst schlüssig machen. Der Gläubiger hat deshalb die Kosten der in Verzug setzenden Mahnung selbst zu tragen.

Dagegen sind die Kosten aller späteren Mahnungen erstattungsfähig, soweit sie bei Versuchen entstehen, die den Umständen nach geeignet sind, den Schuldner zur Leistung zu veranlassen.

Zu diesem Ergebnisse, das allein den Anforderungen des Lebens gerecht wird, gelangt man ohne Zwang, wenn man die Mahnkosten als Verzugsschaden (§ 286 BGB.) ansieht. Merkwürdigerweise wird diese Auffassung von verschiedenen ohne Begründung von vornherein abgelehnt.[1])

Nach § 286 BGB. kann der Gläubiger vom Schuldner Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens verlangen. Gemäß § 249 BGB. besteht dieser Schadensersatz in der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes. Hier hat also der Gläubiger einen Anspruch darauf, daß der Verzug des Schuldners beseitigt wird. Um diesen Erfolg herbeizuführen, macht er Aufwendungen in der Gestalt der Mahnporti oder Anwaltsgebühren. Daß derartige Aufwendungen, die den früheren Zustand wiederherzustellen bestimmt und geeignet sind, vom Schuldner zu erstatten sind, dürfte nicht zweifelhaft sein. Sie sind geradezu „Schaden" im Sinne des Gesetzes. Das Gesetz spricht dies zwar nicht besonders aus. Daß dieser Satz gilt, geht aber ohne weiteres daraus hervor, daß dem Gläubiger sogar die Verpflichtung auferlegt ist, den Schaden, falls angängig, abzuwenden oder zu mindern, also erforderlichenfalls auch Aufwendungen zu diesem Zwecke zu machen (§ 254 Abs. 2 BGB.).

Der Verzug ist also jedenfalls die Ursache der Mahnkosten. Nun wird eingewendet, die Mahnkosten seien keine unmittelbare Folge des Verzuges, sondern nur eine mittelbare Folge, und deshalb nicht erstattungsfähig.[2]) Das erscheint mir nicht zutreffend. Ob Veranlassung und Folge in einer derart engen Verbindung stehen, daß der sogenannte Kausalzusammenhang als gewahrt anzusehen ist, ist meines Erachtens eine Frage der Zweckmäßigkeit. Keine der verschiedenen Theorien der Kausalität gewährt eine feste Grundlage für die Entscheidung im einzelnen Falle. Der Richter kommt immer wieder auf die Frage zurück: Ist es billig, ist es zweckmäßig, die fragliche Tatsache als kausal im Rechtssinne anzusehen? Geht man hiervon aus, so muß man die Mahnkosten als rechtliche Folge des Verzuges des Schuldners ansehen.

Es ist ein gerechtfertigter Versuch, den Schuldner zur Leistung zu veranlassen, wenn der Gläubiger, bevor er es zur Klage kommen läßt, dem Schuldner von Zeit zu Zeit die Rechnung schickt. Wir erleben es in einer Unzahl von Fällen, daß der Schuldner auf die zweite, dritte oder vierte Mahnung hin leistet. Es ist deshalb billig, daß er die Portokosten der Schreiben trägt.

Ebenso häufig kommt es vor, daß der vorher hartnäckige Schuldner auf die Mahnung des Rechtsanwalts hin Zahlung leistet. Die Aufforderung durch den Rechtsanwalt stellt sich mithin als ein durchaus zweckmäßiger Weg dar, um den Verzug des Schuldners zu beseitigen. Es kommt noch hinzu, daß dieser Weg für den Schuldner billiger ist, als wenn der Gläubiger von seinem Rechte Gebrauch machen würde, sofort zu klagen oder einen Zahlungsbefehl zu erwirken. Ist der Schuldner

[1]) So von Fraeb a. a. O.; Reinsch, DJZ. 11, 335; Hoppe ebenda S. 585.

[2]) So LG. Gnesen, PostMSchr. 1911, 168.

verpflichtet, die höheren Kosten zu tragen, so muß er auch die geringeren Kosten tragen, falls er auf die Mahnung hin zahlt.[3])

Ob die Kosten des Mahnschreibens des Anwalts neben den Prozeßkosten zu erstatten sind, falls der Schuldner auf die Aufforderung nicht leistet und deshalb Klage erhoben wird, kann außer Betracht bleiben. Für Preußen sind sie durch den Art. 9 der Landesgebührenordnung ausdrücklich für nicht erstattbar erklärt.[4])

Nach dem Kommentar von Reichsgerichtsräten (I S. 247) soll das RG. in einer Entscheidung vom 9. April 1908 (VI 305/07) den der hier vertretenen Auffassung entgegengesetzten Standpunkt eingenommen haben. Der Kommentar gibt weder den Tatbestand noch die Gründe des Urteils wieder. Es ist auch sonst nicht abgedruckt. Meines Erachtens muß es deshalb unbeachtet bleiben.

---

## Das Verbot der Zulassung von Rechtsanwälten vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten.

Von Landrichter Dr. jur. et phil. Bovensiepen, Kiel.

§ 31 des Gewerbegerichtsgesetzes für das Deutsche Reich in Neufassung vom 29. September 1891 und § 16 des Gesetzes betreffend Kaufmannsgerichte vom 6. Juli 1904 untersagen bekanntlich Personen, welche das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben sowie Rechtsanwälten ganz allgemein das Auftreten vor diesen Sondergerichten, sei es als Prozeßbevollmächtigte, sei es als bloße Beistände. Als Gründe für diese auf den ersten Blick höchst befremdliche völlige Ausschließung der Rechtsanwälte führen die amtlichen Motive zu den Gesetzentwürfen an: Die Schnelligkeit, Billigkeit, Einfachheit und Natürlichkeit des Verfahrens erfordere das Verbot der Zulassung unbedingt. Der dialektisch wohlgeschulte und in der Rechtswissenschaft bewanderte Rechtsanwalt sei dem häufig juristisch nicht vorgebildeten Vorsitzenden des Gewerbegerichts und Kaufmannsgerichts recht oft überlegen und könne diese seine geistige Überlegenheit leicht im Interesse seiner Partei mißbrauchen. So könne nur zu leicht eine Verdunkelung, nicht eine Aufklärung der Sach- und Rechtslage die Folge sein. Auch werde die Zulassung von Rechtsanwälten die wohlhabende Partei, also den Arbeitgeber, auf Kosten der wirtschaftlich schwächeren Partei, also des Arbeitnehmers, begünstigen, denn dieser werde nur in seltenen Fällen in der Lage sein, sich der hohen Kosten wegen einen Rechtsanwalt zu nehmen. Gerade vor diesen sozialpolitischen Sondergerichten, die dem sozialen Frieden dienen sollten, müsse der Kampf um das Recht mit gleichen und geraden Waffen geführt werden. Bis zum Ermüden sind diese Erwägungen von den gewerbe- und kaufmanngerichtlichen Kreisen, sowohl von den Vorsitzenden wie von Beisitzern der Sondergerichte, in der Öffentlichkeit, bei offiziellen Tagungen, in der Tages- und Fachpresse und bei sonstigen Anlässen wiederholt worden. Auch in der Beantwortung der unlängst vom Vorsitzenden des Deutschen Richterbundes, Landgerichtsrat Dr. Leeb-Augsburg, über die Bewährung der deutschen Gewerbe- und Kaufmannsgerichte an die deutschen Handelskammern veranstalteten Rundfrage (vgl. hierüber Bovensiepen in der Deutschen Richterzeitung 1913, 132/141) kehren die eben kurz skizzierten Auslassungen fast stereotyp wieder. Bei näherer kritischer Betrachtung erscheinen aber die angeführten Gründe schwerlich als stichhaltig. Die Schnelligkeit und Einfachheit des Verfahrens vor den Sondergerichten gewährleisten die gesetzlichen Vorschriften selber (§§ 39 bis 54 GewGG. und § 16 KfmGG.), selbst wenn der eine oder der andere Anwalt — wir wollen einmal zu ihren Gunsten die Richtigkeit dieser unseres Erachtens etwas kühnen und in ihrer Allgemeinheit sicher unbegründeten Behauptung unterstellen — wirklich im vermeintlichen Interesse seiner Partei durch Rabulistik und allerhand sophistische Künste den Prozeß zu verschleppen oder die Sach- und Rechtslage zu verwirren suchte, würde er damit kaum Erfolg haben. Denn das ganze Verfahren vor unseren gewerblichen und kaufmännischen Sondergerichten ist geradezu auf einer straffen Konzentration aufgebaut und gibt dem Verhandlungsleiter genügende Handhaben, um sie auch gegen Widerstände durchzusetzen. Ganz aussichtslos wäre ein solches Unterfangen aber, wenn man sich bei der doch in absehbarer Zeit unvermeidlichen gründlichen Reform unserer Zivilprozeßordnung an Haupt und Gliedern zu der schon oft vorgeschlagenen Übertragung der prozeßleitenden Befugnis der österreichischen Zivilprozeßordnung vom 1. August 1895 an den deutschen Richter verstehen würde. Zudem ist unleugbar die Sach- und Rechtslage in den allermeisten vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten zur Verhandlung kommenden Sachen derartig einfach, daß sich den Rechtsanwälten kaum eine Gelegenheit darbieten würde, etwaige sophistische und dialektische Künste spielen zu lassen und ein Brillantfeuer ihres Geistes abzubrennen. Sicher würden sie auch damit ihres Eindrucks verfehlen, denn die Mitglieder der Gewerbe- und Kaufmannsgerichte sind doch wahrlich keine hilflosen, schwankenden Gestalten, die „jeder Wind bewegt", sondern lebenserfahrene, gereifte und mit den einfachen, dem alltäglichen Leben entstammenden Sach- und Rechtsfragen, die sie zu entscheiden haben, auf das genaueste vertraut! Etwaige Sach- und Rechtsverdunkelungsversuche würden sie bald genug durchschauen, und wohl das Gegenteil der beabsichtigten Wirkung wäre der Erfolg. Nicht begründet erscheint auch die geäußerte Besorgnis einer antisozialen Wirkung der Zulassung von Anwälten. Bei Erlaß des ersten Gewerbegerichtsgesetzes im Jahre 1890 ließ sich bei der völligen Ohnmacht und Bedeutungslosigkeit der damals zufolge des eben erst aufgehobenen Sozialisten- und Umsturzgesetzes erst in den Kinderschuhen steckenden Gewerkschaften dieser Besorgnis die Berechtigung nicht absprechen. Heute ist die gewerbliche Arbeiterschaft zum größten Teil in mächtigen und wohlhabenden Verbänden organisiert, die kaufmännischen Angestellten sind es sogar fast ausnahmslos. Die Anwaltskosten würden die Verbände ohne jede Schwierigkeiten übernehmen und aus ihren Mitteln begleichen können. Angesichts der gewaltigen Einnahmen dieser Organisationen, ihrer gut angelegten Vermögen und großer Ausgaben würden diese

[3]) Vgl. zu dem Vorhergehenden meine Ausführungen PosMSchr. 1912, 18.

[4]) Der hier vertretenen Ansicht von Gerichten: LG. I Berlin, KGBl. 16, 28; OLG. Düsseldorf, OLG. 17, 312; OLG. Hamburg, HansGZ. 22, 303; LG. Danzig, in den Akten 2 S. 650/11.

Kosten kaum irgendwie ins Gewicht fallen. Zur Erhärtung dieser Behauptung dürften folgende Zahlen wohl ausreichen: Die 60 Zentralverbände der sogenannten „freien" (in Wirklichkeit sozialdemokratischen) Gewerkschaften Deutschlands hatten bereits im Jahre 1909 (neuere Zahlen standen leider nicht zu Gebote) eine Gesamtjahreseinnahme von 50½ Millionen, eine Gesamtausgabe von 46¼ Millionen, ihr Vermögen betrug annähernd 60 Millionen. Die Aufwendungen für Rechtsschutz und Prozeßkosten im selben Jahre betrugen weit über eine Million. — — Niemand wird leugnen wollen, daß die Rechtsanwälte an sich die besten Prozeßvertreter sind, es ist gar nicht einzusehen, warum man gerade vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten den Rechtsuchenden die Möglichkeit, ihre Prozesse auf die beste Weise von vornherein zu führen, abschneiden will. Dieses Verbot bedeutet einfach eine Entmündigung der rechtsuchenden Bevölkerung, die sachlich durch nichts zu rechtfertigen ist. Besonders verhängnisvoll aber sind die Wirkungen, wenn die eine Partei — recht häufig wird dies der auf Gehalt oder Schadensersatz klagende Handlungsgehilfe sein — auswärts, in weiter Ferne vielleicht, neue Anstellung und neuen Wohnsitz genommen hat. Dann ist sie genötigt, wenn sie nicht gerade zufolge eines glücklichen Zufalls einen guten Freund am Sitze des Gerichts hat, der sich ihrer annimmt, die weite und kostspielige Reise an Gerichtsstelle zu unternehmen. So entstehen unter Umständen Kosten, die in gar keinem Verhältnis zu dem Werte des Streitgegenstandes stehen! Jeder gesunden Prozeßökonomie wird so Hohn gesprochen! Diese Erwägungen mögen denn auch wohl die meisten Gewerbe- und Kaufmannsgerichte zur Zulassung der Angestellten der Arbeiter- und Angestelltenverbände, also namentlich der Gewerkschaftssekretäre, bewogen haben. Aber unseres Erachtens per nefas, denn zufolge ihrer generellen Zulassung treten dann eben diese Personen „geschäftsmäßig" vor den Sondergerichten auf, irgendeine Gewinnabsicht ist zur Erfüllung des Begriffs der „Geschäftsmäßigkeit" in keiner Weise erforderlich, und gerade das Auftreten solcher „geschäftsmäßig" vor Gericht verhandelnder Personen verbietet das Gesetz. Auch bedeutet die Zulassung dieser Angestellten der Verbände eine schwere Zurücksetzung und Kränkung der Rechtsanwälte, das gleiche Recht ihnen gegenüber wird dadurch einfach durchbrochen. Die Natur der Gewerkschaftssekretäre aber als politischer Parteibeamter bietet nicht die geringste Gewähr für eine streng sachliche und ruhige, nüchterne, leidenschaftslose Verhandlung der Sache, ganz im Gegenteil spricht von vornherein ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit für ein Verhandeln im gerade entgegengesetzten Sinne. Zu leicht werden dann die Leidenschaften aufgerührt und platzen aufeinander.

Diese nahe genug liegende Vermutung bestätigen übrigens auch die Berichte verschiedener Handelskammern auf die eingangs erwähnte Rundfrage. So weiß die Handelskammer Pforzheim zu klagen über „die Demagogie und die Parteileidenschaften" die die Gewerkschaftssekretäre in die Gerichtssäle hineintrügen, und die Osnabrücker Handelskammer bezeichnet den Zustand der Zulassung der Angestellten der Organisationen als alles andere „als ideal —". Wir meinen, die Antwort auf die Frage, wer verdient den Vorzug: parteiische und in jeder Weise von ihren Brotgebern abhängige Gewerkschaftsbeamte oder der von der politischen und sozialpolitischen Organisation seines Klienten völlig unabhängige, durch anderweitige Einnahmen genügend gesicherte, einem höchst achtungswerten Stande angehörige und einer strengen Kritik und Kontrolle seiner Standesgenossen und der öffentlichen Meinung unterliegende Rechtsanwalt? ist wahrlich nicht schwer. Die Frage braucht nur einmal in dieser scharfen Zuspitzung aufgeworfen zu werden, um bei allen Urteilsfähigen einer einmütigen alsbaldigen Beantwortung sicher zu sein. Allerdings müßte mit der Zulassung der Anwälte eine Ermäßigung ihrer Gebühren für ihr Auftreten vor den Sondergerichten Hand in Hand gehen. Die gegenwärtigen Gebühren der Gebührenordnung stehen in keinem Verhältnis zu der Geringfügigkeit und Einfachheit der vor den Gewerbe- und Kaufmannsgerichten zur Verhandlung kommenden Sachen, sie würden die Rechtsuchenden mit allzu hohen Kosten belasten und in der Tat eine unzulässige Verteuerung der Rechtspflege gerade für die nichts oder doch so gut wie nichts besitzenden wirtschaftlich schwachen Schichten der Bevölkerung nach sich ziehen. Es handelt sich ja auch nicht darum, oder doch wenigstens gewiß nicht in erster Linie, den Anwälten eine wesentliche Erhöhung ihrer Einnahmen zu verschaffen, sondern um die Tilgung eines dem ganzen Anwaltstande durch die Gesetzgebung zugefügten schweren Unrechts, eines in keiner Weise sachlich gerechtfertigten privilegium odiosum. Angemessen wäre es, die Anwaltsgebühren in Einklang zu bringen mit der im § 58 GewGG. vorgesehenen niedrigen einmaligen Gebühr. Die ungemein rasche Erledigung der gewerbe- wie kaufmannsgerichtlichen Prozesse selbst der streitigen mit Beweisaufnahme in 2, höchstens 3 Sitzungen und der dadurch erklärliche geringe Aufwand an Zeit und Mühen kann die Erhebung mehrmaliger voller Gebühren wie im gewöhnlichen Prozeßverfahren hier unseres Erachtens nicht rechtfertigen. Für ihre gewissermaßen Rehabilitierung müßte die deutsche Anwaltschaft dieses — wohl übrigens auch finanziell nicht allzu schwere — Opfer mit in den Kauf nehmen und willig als nobile officium tragen. Nur — oder doch wenigstens ganz vornehmlich — um die prinzipielle Seite der Sache, um Beseitigung eines schweren, alten Unrechts handelt es sich.

---

## Zur Auslegung des § 28 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte.

Von Landrichter Büning, Dortmund.

Nach § 28 Satz 1 RAGO. in der Fassung der Novelle vom 1. Juni 1909, wonach das Verfahren über einen Antrag auf Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, auch wenn es mit dem Verfahren über die Hauptsache verbunden ist, für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts als besonderer Rechtsstreit gilt, steht es außer Zweifel, daß der Rechtsanwalt in dem Verfahren über einen Arrest — oder was dem gleichsteht, in einem Verfahren über eine einstweilige Verfügung — die vollen Gebühren erhält, wenn ein Verfahren in der Hauptsache überhaupt nicht stattfindet. Zweifel hervorgerufen hat dagegen die Frage, wie im einzelnen die Gebühren des Anwalts zu berechnen seien, wenn in derselben Sache sowohl ein Arrestverfahren, wie auch ein Hauptsacheverfahren stattfindet. Nach

dem eingangs wiedergegebenen Satz 1 des § 28 RAGO. gilt in diesem Falle das Arrestverfahren, sogar wenn es mit dem Hauptsacheverfahren verbunden ist, als ein besonderer Rechtsstreit. Danach hätte also der Anwalt in beiden Verfahren die vollen Gebühren zu beanspruchen, wenn nicht der Satz 3 des § 28 RAGO. bestimmte, daß der Rechtsanwalt sich die in dem Verfahren über einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwachsenen Gebühren in Höhe von $^5/_{10}$ auf die ihm in dem Verfahren über die Hauptsache zustehenden entsprechenden Gebühren anrechnen müsse.

Die Ansichten über die Bedeutung dieser Vorschrift sind geteilt. Während die einen meinen,[1]) der Anwalt könne im Arrestverfahren immer die volle Gebühr beanspruchen, im Hauptsacheverfahren dagegen dann nur die $^5/_{10}$ Gebühr, sind andere[2]) der entgegengesetzten Auffassung.

Welch große Bedeutung diese verschiedenen Ansichten für die Praxis haben, sei an einem Beispiel dargetan. Unterliegt der Kläger im Arrestverfahren, siegt aber im Hauptsacheverfahren ob, so hat er nach der ersten Ansicht von den insgesamt entstandenen $^{30}/_{10}$ einer Gebühr — jeder Anwalt erhält ja zusammen $^{10}/_{10} + ^5/_{10} = ^{15}/_{10}$ — als im Arrestverfahren Unterlegener trotz seines Sieges in der Hauptsache $^{20}/_{10}$ zu tragen, der Beklagte dagegen infolge seines Sieges im Arrestverfahren trotz seines Unterliegens in der Hauptsache nur $^{10}/_{10}$, während nach der zweiten Ansicht die Sache umgekehrt so ist, daß Kläger nur $^{10}/_{10}$, der Beklagte aber $^{20}/_{10}$ zu tragen hat.

Das letztere Ergebnis scheint mir das erfreulichere zu sein; es bleibt zu prüfen, ob es auch dem Gesetz entspricht.

Die Verfechter der ersten Ansicht glauben sich auf den ihrer Meinung nach ganz klaren Wortlaut des Gesetzes zum Beweise für die Richtigkeit ihrer Auffassung berufen zu können.[3]) Ich kann dem nicht beipflichten. Wenn ich auch nicht so weit gehen will, zu behaupten, die zweite Ansicht sei im Wortlaut des Gesetzes klar ausgesprochen, so scheint mir doch, ohne vorerst auf Einzelheiten eingehen zu wollen, der beste Beweis dafür, daß der angeblich so klar im Gesetze ausgesprochene Gedanke in Wirklichkeit keineswegs so klar ausgedrückt ist, der Umstand zu sein, daß nicht nur eine Anzahl von Urteilen und Schriftstellern[4]) diese Klarheit nicht entdeckt haben, sondern daß vor allen Dingen, wie unten noch näher darzulegen, gerade diejenigen Männer, welche dem Satz 3 des § 28 RAGO. seine heutige Fassung gegeben haben, der Meinung gewesen sind, daß das Gegenteil damit klar ausgesprochen sei: daß nämlich der Anwalt im Arrestverfahren nur $^5/_{10}$, im Hauptverfahren dagegen $^{10}/_{10}$ der Gebühr verlangen könne.[5])

Ist der Wortlaut des Gesetzes nach Vorstehendem nicht klar, so ist es gestattet, zur Auslegung auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes zurückzugreifen. Das soll im folgenden geschehen.

Vor der Novelle vom 1. Juni 1909 enthielten die für die Gebührenberechnung im Arrestverfahren maßgebenden Bestimmungen die §§ 20, 23 und 29 Ziff. 4 RAGO. Nach § 20 RAGO. mit § 26 Abs. 1 Ziff. 9 GKG. erhielt der Anwalt $^5/_{10}$ der Gebühr, wenn es sich handelte um die Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, sofern die Entscheidung durch Endurteil zu treffen war, und nach § 23 RAGO. mit § 35 Ziff. 3 GKG. erhielt er nur $^3/_{10}$ der Gebühr, soweit nicht nachträglich die $^5/_{10}$ Gebühr zur Erhebung gelangte — alles unter der Voraussetzung, daß das Arrestverfahren nicht mit dem Hauptsacheverfahren verbunden war, in welchem Falle der Anwalt gar keine besondere Gebühr erhielt (§ 29 Ziff. 4 RAGO.). Der § 28 RAGO. enthielt hinsichtlich der Gebühren im Arrestverfahren noch keine Bestimmungen; er besagte nur:

> Das ordentliche Verfahren, welches nach der Abstandnahme vom Urkunden- oder Wechselprozesse, sowie nach dem mit Vorbehalt in demselben erlassenen Urteil anhängig bleibt (§§ 596, 600 ZPO.), gilt für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts als besonderer Rechtsstreit; der Rechtsanwalt muß sich jedoch die Prozeßgebühr des Urkunden- oder Wechselprozesses auf die gleiche Gebühr des ordentlichen Verfahrens anrechnen.

Die Regierungsvorlage über den Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Zivilprozeßordnung, des Gerichtskostengesetzes und der Gebührenordnung für Rechtsanwälte brachte hinsichtlich der dem Rechtsanwalt im Arrestverfahren zustehenden Gebühren noch keine Abänderungsvorschläge. Erst die von der Kommission zur Beratung des Gesetzentwurfs eingesetzte Unterkommission beantragte, unter gleichzeitiger entsprechender Abänderung der §§ 20, 23, 29 Ziff. 4 RAGO. dem § 28 Abs. 1 folgende Fassung zu geben:[6])

> Das Verfahren über einen Antrag auf Anordnung, Abänderung oder Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung gilt, auch wenn es mit dem Verfahren über die Hauptsache verbunden ist, für die Berechnung der Gebühren des Rechtsanwalts als besonderer Rechtsstreit. Das gleiche gilt für das ordentliche Verfahren, welches nach der Abstandnahme vom Urkunden- oder Wechselprozeß, sowie nach dem mit Vorbehalt in demselben erlassenen Urteil anhängig bleibt (§§ 596, 600 ZPO.). Der Rechtsanwalt erhält jedoch die in dem Arrestverfahren oder dem Verfahren über eine einstweilige Verfügung erwachsenen

[1]) OLG. Braunschweig vom 22. 7. 10 (JW. 1910, 924[19], Recht 1910 Nr. 2894); OLG. Kiel vom 31. 3. 11 (Soergel 1911, 924); OLG. Cassel vom 2. 6. 11 (JW. 1911, 1021[33]); OLG. Hamm vom 16. 11. 12 (7 W 93/12) und vom 10. 12. 12. (4 U 119/12), OLG. Colmar vom 6. 3. 12 (OLGRspr. 25, 295) und OLG. Stettin vom 1. 10. 12 (eod. S. 297), ferner: Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren (7. Aufl.) S. 200, Sydow-Busch, RAGO. § 28 A. 1, Dittenberger, JW. 1910, 924; 1911, 1021 u. a.

[2]) LG. Stuttgart vom 26. 7. 10 (JW. 1910, 924[17]); OLG. Stuttgart vom 30. 8. 10 (JW. 1910, 924[18]); LG. Königsberg vom 5. 12. 10 (Zeitschrift für deutsche Justizsekretäre 1911 S. 13); OLG. Hamburg vom 28. 6. 11 (OLGRspr. 23, 272); Motsch (Zeitschrift für deutsche Justizsekretäre 1911 S. 91).

[3]) So OLG. Braunschweig, Cassel, Colmar, Stettin a. a. O.

[4]) So LG. und OLG. Stuttgart, LG. Königsberg, Motsch, Lux a. a. O.

[5]) Materialien zu dem Gesetz vom 1. 6. 09 (3. Beiheft zur OLGRspr. S. 145).

[6]) Materialien S. 144.

Gebühren nur zu $^5/_{10}$, wenn ihm im Verfahren über die Hauptsache die entsprechende volle Gebühr zusteht, und muß sich die Prozeßgebühr des Urkunden- oder Wechselprozesses auf die gleiche Gebühr des ordentlichen Verfahrens anrechnen.

Dieser Antrag der Unterkommission ist folgendermaßen begründet:[7])

„Das Verfahren über Arreste usw. verursache dem Anwalte besondere Mühe, müsse er es doch mit größter Beschleunigung betreiben und die Beweismittel von vornherein mit Vorsicht prüfen. Es sei unbillig, ihn für diese qualifizierte Tätigkeit mit $^5/_{10}$ oder gar nur $^3/_{10}$ (§§ 20, 23 des bisherigen Gesetzes) abzufinden. Es empfehle sich vielmehr, ihm die vollen Gebührensätze zu bewilligen, und zwar auch dann, wenn seine Tätigkeit, wie bei gewissen einstweiligen Verfügungen des Eheprozesses, einfacher Natur sei. Möge in diesen einfachen Fällen die volle Gebühr etwas hoch erscheinen, so werde das durch andere verwickelte Fälle, die dem Anwalt mehr Mühe bereiteten als das ordentliche Verfahren, ausgeglichen. Zweifelhaft sei das Maß der Honorierung dann, wenn der Anwalt neben dem Arrestverfahren die Hauptsache führe und dafür entschädigt werde. Dann decke sich vielfach seine in den beiden Verfahren entwickelte Tätigkeit, und sei es deshalb billig, wenn er sich die im Arrestverfahren erwachsenen Gebühren zu $^5/_{10}$ auf die ihm im Verfahren über die Hauptsache zustehenden Gebühren anrechnen lasse."

Zu Abs. 1 Satz 3 war in der Kommission folgende Abänderung beantragt:

„Der Rechtsanwalt muß sich jedoch die in dem Verfahren über einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung erwachsenen Gebühren in Höhe von $^5/_{10}$ auf die ihm in dem Verfahren über die Hauptsache zustehenden entsprechenden Gebühren und die Prozeßgebühr des Urkunden- oder Wechselprozesses auf die gleiche Gebühr des ordentlichen Verfahrens anrechnen."

In dem Kommissionsbericht heißt es hierzu:

„Hinsichtlich des Abänderungsantrages wurde bemerkt, daß er lediglich eine präzisere Fassung des entsprechenden in dem Hauptantrage ausgedrückten Gedankens bedeute. — Der Antrag der Unterkommission wurde — Satz 3 in der Fassung des Abänderungsantrages — angenommen.

Der § 28 RAGO. ist, wie der Gesetzestext beweist, genau in der von der Kommission beschlossenen Fassung Gesetz geworden. Es muß deshalb, wie auch das OLG. Hamburg zutreffend bemerkt,[8]) angenommen werden, daß auch der Reichstag mit den gebrauchten Worten nichts anderes hat ausdrücken wollen, wie es die Kommission gewollt hat, zumal diese Gesetzesbestimmung im Reichstag sowohl in der zweiten[9]) wie auch in der dritten Lesung[10]) debattelos angenommen ist.

Nach dieser Entstehungsgeschichte des § 28 RAGO. jetziger Fassung kann es meines Erachtens keinem Zweifel unterliegen, daß der Wille des Gesetzgebers dahin gegangen ist, es solle beim Zusammentreffen von Hauptsache- und Arrestverfahren der Anwalt im Hauptsacheverfahren die vollen Gebühren beanspruchen können, im Arrestverfahren aber nur die halben.

Zwecks Feststellung, in welcher Weise dieser Wille im Wortlaut des Gesetzes seinen Ausdruck gefunden hat, wollen wir uns den Satz 3 des § 28 Abs. 1 RAGO. etwas näher ansehen. Die Bestimmung lautet kurz dahin, es solle sich der Rechtsanwalt die ihm im Arrestverfahren erwachsenen Gebühren in Höhe von $^5/_{10}$ auf die ihm im Hauptsacheverfahren zustehende entsprechende Gebühr anrechnen.

Es kommen hier also zwei Gebührenforderungen des Anwalts gegen seinen Mandanten in Frage: die eine aus dem Arrestverfahren, die andere aus dem Hauptsacheverfahren; der Anwalt soll sich die eine Forderung auf die andere anrechnen.

Man wird mir ohne weiteres zugeben, daß eine derartige Ausdrucksweise dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens fremd ist. Wenn man im gewöhnlichen Leben davon spricht, daß jemand sich etwas auf etwas anderes anrechnen soll, so denkt man daran, daß der Betreffende sich eine Leistung, die er in dem Zeitpunkt, wo die Anrechnung erfolgen soll, bereits bekommen hat, oder eine Leistung, die ihm selbst erspart geblieben ist, auf eine andere Leistung, die er dann noch zu fordern hat, anrechnen soll. In diesem Sinne gebraucht auch das BGB. z. B. in den §§ 337, 338 und 649 das Wort „anrechnen". In solchen Fällen mindert sich allerdings infolge der Anrechnung die Forderung, auf die angerechnet werden soll, um den Betrag der anzurechnenden (bereits bewirkten oder ersparten) Leistung — aber nicht aus dem Grunde, weil „anrechnen" gleichbedeutend ist mit „abrechnen", „abziehen",[11]) sondern lediglich deshalb, weil man dasjenige, was man sich anrechnen soll in dem Zeitpunkt, in welchem die Anrechnung erfolgen soll, schon erhalten bzw. erspart hat.

Der Ansicht des OLG. Braunschweig,[12]) die Bedeutung der Bestimmung, daß jemand eine Geldsumme auf eine andere sich anrechnen solle, sei nach Sinn und Wortlaut die, daß er die andere Summe nicht zum vollen Betrage einfordern dürfe, sondern diese zum entsprechenden Betrage durch die aufzurechnende Summe im Wege der Aufrechnung tilgen müsse, kann nicht beigepflichtet werden. Es ist nicht recht klar, wie hier die Aufrechnung gedacht ist. Von einer wirklichen Aufrechnung im Sinne des § 387 BGB. kann im Falle des § 28 Satz 3 RAGO. doch schon um deswillen nicht die Rede sein, weil es an „gleichartigen", „gegenseitigen" Forderungen des Anwalts und seines Mandanten fehlt.

Manche wollen zur Auslegung des Ausdrucks „sich anrechnen" im § 28 RAGO. dessen Verwendung in anderen Paragraphen der RAGO. heranziehen.[13]) Das geht aber meines Erachtens schon deshalb nicht, weil dies nur den Zweck haben könnte, festzustellen, welchen Sinn der Gesetzgeber mit dem Ausdruck habe verbinden wollen — ein Bemühen, welches angesichts des aus der Entstehungsgeschichte des § 28 Satz 3 RAGO. ganz klar und zweifelsfrei hervorgehenden Willens des

[7]) Materialien S. 144.
[8]) OLGRspr. 23, 272.
[9]) Materialien S. 214.
[10]) Materialien S. 239.
[11]) OLG. Colmar a. a. O.
[12]) JW 1910, 924[19].
[13]) OLG. Braunschweig, Cassel, Colmar a. a. O.

Gesetzgebers müßig, ja sogar verfehlt ist. Dasselbe muß aus demselben Grunde von dem Bestreben gelten, aus der Einbeziehung der Gebührenfrage im Arrestverfahren in den § 28 RAGO. auf einen gewissen inneren Zusammenhang zwischen dem Anrechnungsmodus im Urkunden- und Wechselprozeß mit demjenigen im Arrestverfahren schließen zu wollen, zumal, wie die oben vollständig wiedergegebene Entstehungsgeschichte ergibt, innerliche Gründe für die Zusammenfassung der Vorschriften in demselben Paragraphen nicht maßgebend gewesen sind.

Bei allen bisherigen Auslegungen des § 28 Satz 3 RAGO. scheint mir eins noch nicht hinreichend gewürdigt. Der Satz 3 sagt nämlich, es müsse sich der Anwalt die im Arrestverfahren „erwachsene" Gebühr in Höhe von $^5/_{10}$ auf die ihm im Hauptsacheverfahren „zustehende" Gebühr anrechnen. Der Wechsel im Ausdruck ist wohl nicht unabsichtlich und nicht nur zwecks Vermeidung des sprachlich unschönen zweimaligen Gebrauchs des Wortes „zustehend" — wohlverstanden zuerst in der Begründung zum Antrage der Unterkommission, also zur Begründung der ursprünglichen Fassung des Satzes 3 — gewählt. Es läßt sich nicht verkennen, daß der Ausdruck „erwachsene" Gebühr gegenüber dem in der RAGO. häufig wiederkehrenden Ausdruck einer dem Rechtsanwalt „zustehenden" Gebühr der farblosere ist. Der Gesetzgeber will offenbar nicht sagen, daß die Gebühr im Arrestverfahren dem Rechtsanwalt ohne weiteres in voller Höhe zusteht; sie mag ihm im Arrestverfahren vielleicht einstweilen zwar in voller Höhe „erwachsen" sein — solange im Hauptverfahren die entsprechende Gebühr ihm noch nicht zusteht —, ob sie ihm aber im Arrestverfahren endgültig „zusteht", entscheidet sich erst später. Angenommen z. B. der Rechtsanwalt sei zunächst nur im Arrestverfahren tätig geworden; dann ist ihm dort die Prozeßgebühr in voller Höhe mit $^{10}/_{10}$ „erwachsen". Sobald er im Hauptsacheverfahren tätig wird, „steht" ihm hier die Prozeßgebühr mit ebenfalls $^{10}/_{10}$ „zu". In demselben Augenblick steht aber fest, daß ihm im Arrestverfahren die Prozeßgebühr nur zu $^5/_{10}$ „zusteht" und hinsichtlich der restlichen $^5/_{10}$ ihm nur „erwachsen" gewesen ist, ihm aber nicht „zugestanden" hat. Diese restlichen, ganz wertlosen $^5/_{10}$ muß er sich auf die Gebühren in der Hauptsache anrechnen. Daß dadurch keine Verminderung dieser Gebühren eintritt, ist klar; es muß deshalb der Anwalt im Hauptsacheverfahren die vollen, im Arrestverfahren dagegen nur die halben Gebühren liquidieren. Hat er im Arrestverfahren bereits die vollen Gebühren erhalten, so muß er sie zu einem entsprechenden Teil zurückzahlen (§§ 812 ff. BGB.).

Da die Gegner der hier vertretenen Ansicht sich zum Beweise für ihre Auffassung auf die Begründung der Unterkommission zum § 28 RAGO. berufen zu können glauben, so sei zum Schluß noch auf das Irrige dieser Auffassung hingewiesen. Man sagt[14]), die Erhöhung der Gebühren im Arrestverfahren sei von der Unterkommission damit begründet, daß der Anwalt dort eine „qualifizierte Tätigkeit" ausübe, die ihm „besondere" Mühe bereite, in verwickelten Fällen sogar mehr Mühe als das ordentliche Verfahren. Es sei deshalb gerechtfertigt, daß diejenige Partei, die durch ihr Verhalten diese qualifizierte Tätigkeit veranlaßt habe, auch die höheren Kosten trage. — Was hier über die Begründung der Unterkommission gesagt wird, ist richtig; der aus der Begründung gezogene Schluß ist aber falsch. Man übersieht, daß die Begründung sich lediglich auf den Satz 1 des § 28 RAGO., nämlich auf die Erhöhung der Gebühren von 0 bzw. $^3/_{10}$ bzw. $^5/_{10}$ auf $^{10}/_{10}$ bezieht, und daß der Satz 3 — und zwar der Satz 3 in seiner ursprünglichen Fassung! — besonders begründet ist, nämlich dahin: es decke sich vielfach, wenn der Rechtsanwalt neben dem Arrestverfahren die Hauptsache führe, seine in beiden Verfahren entwickelte Tätigkeit, und es sei deshalb billig, wenn er sich die im Arrestverfahren erwachsenen Gebühren zu $^5/_{10}$ auf die ihm im Verfahren über die Hauptsache zustehenden Gebühren anrechnen lasse.

Nach alledem komme ich zu dem Ergebnis:

> Der Rechtsanwalt kann im Hauptsacheverfahren stets die volle Gebühr verlangen. Sobald er sie hier verlangen kann, kann er im Arrestverfahren die entsprechende Gebühr nur zu $^5/_{10}$ verlangen, oder mit andern Worten: er kann im Arrestverfahren nur so lange die volle Gebühr verlangen, als er im Hauptsacheverfahren nicht die entsprechende Gebühr verlangen kann.

Im Kostenfestsetzungsverfahren ist entsprechend zu verfahren. Bei der Festsetzung im Arrestverfahren hat der Gerichtsschreiber zu prüfen, ob im Hauptsacheverfahren schon die entsprechende Gebühr entstanden ist; bejahendenfalls hat er nur $^5/_{10}$ festzusetzen. Im Verfahren auf erhobene Erinnerung bzw. sofortiger Beschwerde hat das Gericht ebenso zu handeln. Es kann sich infolgedessen ergeben, daß lediglich infolge veränderter Sachlage der Beschluß des Gerichtsschreibers oder des erstinstanzlichen Gerichts abzuändern ist. Ist der Kostenfestsetzungsbeschluß im Arrestverfahren bereits rechtskräftig, bevor im Hauptsacheverfahren eine Gebühr entstanden ist, so hilft § 767 ZPO.

## Vom Reichsgericht.*)

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Bitter, Justizrat Dr. Kaiser und Justizrat Dr. Schall.

**Reichsrecht.**

Bürgerliches Gesetzbuch.

**1.** §§ 119, 166 BGB. Irrtum des bevollmächtigten Vertreters über seine Anweisung.]

Die Revision sucht auszuführen, daß, wenn man lediglich den Vertrag als Erklärung behandle, man ebenfalls zu der Feststellung gelangen müsse, daß B. eine Erklärung dieses Inhaltes nicht abgeben wollte. Er habe im Einverständnisse mit G. die Entscheidung seiner Firma überlassen, er wollte und sollte nicht selbständig entscheiden, sondern materiell nur als Mittelsperson fungieren. Er hatte also einen von dem der Firma verschiedenen Willen nicht. Letzteres ist nicht zutreffend; vielmehr wich der Vertragswille des B. tatsächlich von dem ihm erteilten Auftrage ab. Der vorliegende Fall enthält typisch die Rechtsfrage, ob ein Vertrag, der von einem legitimierten Vertreter abgeschlossen wird, gemäß § 119 BGB.

[14]) OLG. Colmar a. a. O.

*) Nachdruck ohne Angabe der Quelle verboten.

aus dem Grunde angefochten werden kann, weil der Vertreter sich über den ihm erteilten Auftrag geirrt hat. Der IV. ZS. des RG. hat diese Frage bereits in einer bei GruchotsBeitr. 49, 1049 abgedruckten Entscheidung zutreffend verneint. Ebenso Düringer-Hachenburg HGB. II S. 90 bezüglich des Irrtums des Reisenden über den ihm erteilten Auftrag. § 119 ergibt in Verbindung mit § 166 Abs. 1, daß es nur auf die Person des Erklärenden ankommt. Hat dieser den Inhalt der Erklärung gewollt, so ist es unerheblich, daß er nicht dem Willen des Vertretenen entspricht. Dasselbe folgt per arg. e contrario aus der den Boten — im Gegensatz zu dem Vertreter im Willen — betreffenden Bestimmung des § 120. Bezüglich der Begründung der Irrtumsanfechtung steht der direkte Stellvertreter dem indirekten gleich. Es macht auch keinen Unterschied, wenn dem Gegenkontrahenten erkennbar geworden ist, daß der legitimierte Vertreter das Geschäft nicht aus eigenem freien Entschlusse abschließt, sondern vorher eine Anweisung einholt. Die irrtümliche Abweichung von der Anweisung berührt den gutgläubigen Gegenkontrahenten nicht. Es ist anzuerkennen, daß diese gesetzliche Regelung zu Härten führen kann, beispielsweise im Falle unrichtiger Übermittelung der Anweisung an den Vertreter, indessen gestattet das Gesetz keine andere Auslegung. B. & Co. c. G., U. v. 23. April 13, 355/12 I. — Hamburg. [K.]

**2.** §§ 138, 254, 817 BGB. Ein „Schutzabkommen" bei der Einreichung von Preisgeboten ist nicht ohne weiteres sittenwidrig.]

Auf Grund eines von der Klägerin für die Gemeinde Türkheim gefertigten Bauentwurfs und Kostenanschlags zu einer Wasserleitung daselbst lud im Juli 1911 das staatliche Wasserversorgungsbureau in München 18 Wasserleitungsgeschäfte, worunter beide Parteien, zur Einreichung von Preisgeboten ein. Die Parteien traten wegen Schutzerteilung ins Benehmen. Die Gewerbetreibenden verstehen unter „Schutz", daß bei öffentlichen Verdingungen der schützende eine höhere Preisforderung stellt als der zu schützende, damit unter regelmäßigen Verhältnissen dieser den Zuschlag vor dem schützenden erhalte. Nachdem die Klägerin abgelehnt hatte, dem Beklagten die von ihm verlangte hohe Geldvergütung für den Schutz zu zahlen, einigten sie sich dahin, daß Beklagter der Klägerin den Schutz unentgeltlich zusicherte, wogegen diese versprach, in einem andern Fall den Beklagten zu schützen. Hierauf teilte die Klägerin dem Beklagten mit, daß sie sich mit einem Gebot von 138 010 ℳ um den Bau der Türkheimer Anlage bewerben werde. Der Beklagte reichte jedoch kein höheres Gebot ein, sondern ein solches von 119 542,80 ℳ, zu welchem ihm auch die Ausführung der Arbeit übertragen wurde. Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe ihr arglistig die Angabe ihres Gebots herausgelockt und unter Mißbrauch der vertraulichen Mitteilung das niedrigere Gebot eingereicht, dadurch sie aber, da sie als Bearbeiterin des Entwurfs vor den andern Wenigerfordernden den Zuschlag erhalten haben würde, um den Reingewinn an der Arbeit im Betrag von 15 000 ℳ gebracht. Ihre auf Schadensersatz von 15 000 ℳ gerichtete Klage ist von beiden Vorinstanzen abgewiesen worden. Das BG. stellt sich entgegen der Auffassung des LG. zutreffend auf den Standpunkt, daß die Klage nicht auf das „Schutzabkommen" gestützt sei, sondern darauf, daß der Beklagte durch die in dem Tatbestand bezeichnete, wider die guten Sitten verstoßende Handlungsweise der Klägerin vorsätzlich Schaden zugefügt habe. Das Schutzabkommen war wegen der Unbestimmtheit von Leistung und Gegenleistung überhaupt kein Vertrag, aus dem auf Erfüllung oder Schadensersatz hätte geklagt werden können. Das BG. hat die angebliche sittenwidrige Handlungsweise des Beklagten und ihre Ursächlichkeit für den eingeklagten Schaden nicht festgestellt, sondern unterstellt. Es versagt jedoch der Klägerin einen Ersatzanspruch, weil sie ihren Schaden selbst zu tragen habe. Sie habe ihr Preisgebot lediglich zwecks Abschlusses eines anstößigen Handels mitgeteilt und wäre, wenn sie ihn unterlassen hätte, nicht geschädigt worden. Die Sach- und Rechtslage entspreche dem § 254 BGB. wie dem aus §§ 138, 826 BGB. zu schöpfenden, schon im bayerischen Landrecht vielfach wiederkehrenden Rechtsgrundsatz, daß niemand bei Gericht gehört werden soll, der einen Anspruch nur damit begründen könne, daß er propriam turpitudinem, seine eigene Unehrlichkeit, bekennen müsse. Bei solcher Sachlage würde die Verurteilung selbst den § 826 verletzen. Entscheidend sei also, ob die von der Klägerin ursprünglich begonnenen, wenn auch vom Beklagten wieder aufgenommenen Verhandlungen zwischen den Parteien wegen der Schutzgewährung und die getroffene Abmachung den guten Sitten widersprächen. Dies sei der Fall, weil mit der Abmachung beabsichtigt worden sei, die ausschreibende Gemeinde, die im freien Wettbewerb das für sie günstigste Gebot ausmitteln wollte, zu täuschen, das Bild der Angebote, die von den „schützenden" Unternehmern nur zum Schein eingereicht werden sollten, zu fälschen, dadurch den Zweck der öffentlichen Verdingung zu vereiteln und einem bestimmten, dem „geschützten" Bewerber den Zuschlag zuzuspielen. Unerheblich sei, ob die Klägerin ein angemessenes Gebot eingereicht und der Beklagte einen Schleuderpreis gefordert habe. Das Ziel der Klägerin, daß die Gemeinde über die Ernstlichkeit des von ihr veranstalteten Wettbewerbs irregeführt werden sollte, stemple ihr Verhalten zu einem sittenwidrigen, auch wenn sie nicht auf Erlangung eines unberechtigten Vorteils oder auf Schädigung der Gemeinde ausgegangen sei. Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden. Weder aus § 254 oder § 138 noch aus § 817 Satz 2 BGB. läßt sich ein allgemeiner Rechtssatz wie der von dem BG. vorangestellte herleiten. Die Klägerin gründet ihren Anspruch, wie erwähnt, nicht auf die Schutzabrede, sondern auf eine unerlaubte Handlung des Beklagten, auf seine arglistige Erschleichung ihres Vertrauens und dessen Mißbrauch. Der wegen einer unerlaubten Handlung Belangte wird aber nicht schon deshalb haftfrei, weil dem Verletzten ebenfalls eine sittenwidrige Handlungsweise zur Last fällt. Eine davon verschiedene Frage ist die, ob der Verletzte einen ersatzfähigen Vermögensschaden erlitten hat, wenn seine eigene Handlung, zu deren Förderung der Täter sich betrüglich erboten hat, wegen ihrer Sittenwidrigkeit keine Rechtswirkung zu erzeugen vermag, und sein Anspruch auf Ersatz der für die Handlung gemachten Aufwendungen oder des aus ihr erwarteten Gewinns keinen Privatrechtsschutz genießt. Wiederum anders verhält sich der Fall des § 817 Satz 2, wonach der etwa betrüglich erlangte Auslagenvorschuß oder Lohn für

Begehung einer sittenwidrigen Tat dem Betrogenen nicht zurückgewährt werden braucht (vgl. hierzu RG. 70, 5 und Nr. 44 S. 232 ff.). Der Senat kann aber auch nicht als dargetan anerkennen, daß die Klägerin durch das Schutzabkommen gegen die guten Sitten verstoßen hat. Dies bedarf wegen der Frage, ob ihr ein ersatzfähiger Schaden entstanden und ob § 254 BGB. anwendbar ist, der Darlegung. Mag das Abkommen zwischen den Parteien der Gesinnung eines Mannes von vornehmer Denkart widerstreben, so darf doch bei der Prüfung, ob es dem Anstandsgefühl eines gerecht und billig denkenden Menschen zuwiderläuft, wie es als gute Sitte namentlich unter den Berufs- und Klassengenossen der Parteien herrscht, nicht aus den Augen verloren werden, wie die Verabredungen zum gegenseitigen „Schutz" bei öffentlichen Verdingungen entstanden sind. Den bekannten, auch vom BG. hervorgehobenen Mißständen des Submissionswesens, die sich zum Verderb des Handwerkerstandes und sonstiger Unternehmerkreise bis zur Gemeinschädlichkeit gesteigert und vielfach auch dem Verdingenden nur scheinbaren Nutzen gebracht hatten, ist auch, seitdem nicht mehr das Mindestgebot, sondern das annehmbarste Gebot berücksichtigt und nur eine beschränkte Zahl leistungsfähiger Gewerbtreibender zur Bewerbung aufgefordert zu werden pflegt, nicht durchgreifend abgeholfen worden. Es fanden sich stets einzelne Unternehmer, die, gleichviel aus welchen Gründen, durch Schleuderpreise die ausgeschriebenen Arbeiten oder Lieferungen an sich zu reißen verstanden und so ihren Mitbewerbern, die Angebote zu Preisen verschmähten, bei denen sie auf die Dauer nicht bestehen konnten, schweren Schaden zufügten. Die durch solchen Wettbewerb bei den meisten umfänglichen und ausgiebigen Arbeiten in ihrer gewerblichen Existenz bedrohten Unternehmer griffen schließlich, um sich der Übelstände zu erwehren, zur Selbsthilfe. Sie gründeten Vereinigungen, sogenannte Submissionskartelle, um bei öffentlichen Verdingungen sich gegenseitig zu „schützen" und dadurch angemessene Preise zu erzielen. Eine solche Vereinigung haben auch eine Anzahl bayerischer Wasserleitungsunternehmer, zu denen die Klägerin gehörte, in der Form eines eingetragenen Vereins geschlossen. Nach den beim Gericht eingereichten Satzungen und den Ausführungsbestimmungen bestimmt ein Ausschuß, der die Angebote zu prüfen hat und darüber wachen soll, daß jede Übervorteilung des Verdingenden ausgeschlossen sei, welchem Mitglied der Schutz erteilt werden soll. Die übrigen Mitglieder, die sich an der Bewerbung zu beteiligen beabsichtigten, haben vom Ausschuß bezeichnete Schutzangebote einzureichen. In Bayern werden, wie das BG. feststellt, öffentliche Wasserversorgungsanlagen nur im Wege der Verdingung vergeben. Das staatliche Wasserversorgungsbureau berät die Gemeinden bei der Errichtung solcher Anlagen, fertigt oder begutachtet den Kostenvoranschlag, prüft die Angebote und genehmigt den Zuschlag. Die Vermutung liegt nahe, daß, wenn nicht die verdingenden Gemeinden, so doch das Wasserversorgungsbureau, sei es durch die Veröffentlichungen aus dem Vereinsregister, sei es auf andere Weise, insbesondere durch Mitteilungen von Außenseitern von dem Bestehen jener Vereinigung, ihrem Zweck und den Mitteln, womit sie ihn zu erreichen sucht, wissen, auch die Vereinsmitglieder kennen. Diesenfalls würden die Verdingenden oder das maßgebende Wasserversorgungsbureau durch die Schutzgewährung gar nicht getäuscht werden, und es wäre, sofern die sich bewerbenden Vereinsmitglieder jene Kenntnis voraussetzen dürfen, auf eine Täuschung nicht abgesehen. Mag dem sein wie ihm wolle, so sind diese der wirtschaftlichen Not und dem Selbsterhaltungstrieb entsprungenen Schutzvereinigungen insolange nicht als sittlich verwerflich anzusehen, als die etwaige Täuschung nicht als Mittel benützt wird, um zum Schaden des Verdingenden unangemessene Preise durchzusetzen. Wird ein Werk nur im Wege der öffentlichen Verdingung vergeben, so bleibt, wie die Verhältnisse sich tatsächlich entwickelt haben, den Bewerbern, die die Zerrüttung ihres Gewerbes durch ein einsichts- und schrankenloses gegenseitiges Unterbieten hintanhalten wollen, nicht viel anders übrig, als sich vorher über die Preisgebote zu verständigen. Neben dem Streben des Verdingenden, zu möglichst niedrigem Preis die Werklieferung zu erlangen, ist eben auch das des Unternehmers nach einem auskömmlichen Lohn für seine Leistung zu berücksichtigen. Auf diesen Richtlinien bewegt sich die Rechtsprechung des RG. (Rep. III 221/03; VII 51/07; I 357/07 = JW. 08, 296; III 508/08; III 444/10 = JW. 11, 642). Überall wird bei der Frage, ob solche Verabredungen von Unternehmern sittenwidrig seien, Gewicht darauf gelegt, ob sie auf Erzielung unberechtigter Vorteile gerichtet sind, wobei dahin stehen kann, ob im übrigen dem Urteil des I. ZS. in JW. 08, 296 durchweg beizupflichten sei. Auch die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des pactum de non licitando wird unter dem ähnlichen Gesichtspunkt beurteilt, ob es bezweckt, den zu versteigernden Gegenstand unter dem Wert zum Schaden anderer Berechtigten, namentlich von Hypothekengläubigern, einem Bieter zuzuspielen (vgl. RG. 18, 22; 58, 393; JW. 07, 201). Die Klägerin hat sich nun von dem Beklagten, der kein Mitglied der erwähnten Schutzvereinigung war, nichts anderes versprechen lassen als das, wozu die Mitglieder, falls der Klägerin der Schutz erteilt war, satzungsmäßig verpflichtet waren. Das Abkommen mit dem Beklagten verstieß daher nur dann gegen die guten Sitten, wenn sich die Klägerin damit zum Schaden der Gemeinde Türkheim einen unangemessenen Geschäftsgewinn sichern wollte. Dabei kommt, sofern der Beklagte ein Schleudergebot eingereicht hat, nicht in Betracht, daß die Gemeinde tatsächlich zu weit geringerem Preis eine Wasserleitung erhalten hat, die vielleicht von gleicher Güte war wie die, zu deren Herstellung die Klägerin sich erboten hatte. Denn auf die Schädigung der Gemeinde wäre die Klägerin nur ausgegangen, wenn sie unter der Deckung des „Schutzes" ihrer Mitbewerber einen übersetzten Preis gefordert hätte. Beweispflichtig ist nicht, wie das BG. meint, die Klägerin, sondern der Beklagte, der, um den Folgen seines eigenen Verhaltens zu entgehen, behauptet, daher zu beweisen hat, daß die Klägerin sittenwidrig verfahren sei. B. c. Th., U. v. 3. April 13, 46/13 VI. — München. [S.]

**3.** Zu § 254 BGB.]

Das BG. hält die Klage aus dem Haftpflichtgesetze zu $^3/_4$ für gerechtfertigt. Es führt aus, zwar sei der Kläger infolge seiner Angetrunkenheit auf das Gleis gestürzt, aber vorwiegend sei der Unfall auf „nicht genügende Beaufsichtigung des Perrons durch den Beklagten und die Betriebsgefahr bei

dem nicht abgesperrten Bahnsteige" zurückzuführen. In dieser Schadensteilung findet die Revision mit Recht eine Verletzung des § 254 BGB. Der Kläger geriet, nachdem er mit der Fahrkarte durch die Billettkontrolle auf den Bahnsteig gelassen war, infolge selbstverschuldeter Trunkenheit auf das noch leere Gleis und wurde von dem bald darauf einfahrenden Zuge überfahren. Also war sein eigenes fahrlässiges Verhalten die erste und hauptsächliche Ursache, daß er der Betriebsgefahr ausgesetzt wurde und zu Schaden kam. Die rechtliche Bedeutung der Ursächlichkeit wird vom BG. verkannt, wenn es gleichwohl dem Beklagten die vorwiegende Ursache am Unfalle zuschreibt. Dazu kommt, daß dem Verschulden des Klägers keine erhöhte Betriebsgefahr gegenübergestanden hat. Die Umstände, auf die das BG. Gewicht legt, daß nämlich der Bahnsteig nicht noch besonders abgesperrt und nicht schon vor dem unmittelbaren Eintreffen des Zuges besonders beaufsichtigt war, sind bei kleinen Bahnhöfen die allgewöhnlichen und nicht geeignet, die allgemeine Betriebsgefahr zu steigern. Hier, wo offenbar die Schuld des Klägers die einfache, vom Beklagten zu vertretende Betriebsgefahr überwogen hat, muß rechtlich auch nach § 254 BGB. der größere Teil des Schadens vom Kläger selbst getragen werden. Da die Sache spruchreif ist, hält das Revisionsgericht den Beklagten hiernach nur zu $^1/_4$ für ersatzpflichtig. Pr. Eisenbahn-Fiskus c. B., U. v. 5. Mai 13, 60/13 VI. — Berlin. [K.]

**4.** §§ 276, 823 BGB. Verkehrseröffnung als notwendige Voraussetzung der Haftpflicht.]

Am 23. Februar 1909 ist der Kläger beim Verlassen des Hauses des Tischlermeisters B. in S. nach seiner Angabe infolge der herrschenden Eisglätte zu Fall gekommen und hat einen Beinbruch erlitten. Er hat dieserhalb zunächst den Tischlermeister B. auf Schadensersatz mit der Behauptung in Anspruch genommen, dieser habe der ihm obliegenden Streupflicht nicht genügt. Mit dieser Klage ist der Kläger rechtskräftig abgewiesen worden. Nunmehr hat er den beklagten Wegeverband auf Ersatz des ihm erwachsenen Schadens in Anspruch genommen, indem er behauptet, auf einem Teile der Landstraße des Landkreises Bielefeld gefallen zu sein, und zwar, weil dort sich etwas Eis gebildet habe und das Terrain in den dort befindlichen fast 1 m tiefen Graben steil abfalle. Das LG. hat dem Feststellungsbegehren des Klägers entsprochen und seine Leistungsansprüche dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Auf die hiergegen seitens des Beklagten eingelegte Berufung hat das OLG. in Hamm durch Teilurteil vom 6. März 1912 die Ansprüche des Klägers auf Erstattung des Erwerbsausfalls in Höhe von 345,28 ℳ sowie auf Zahlung eines Schmerzensgeldes zur Hälfte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, im übrigen aber diese Ansprüche abgewiesen. Durch das Endurteil desselben Gerichts vom 4. Dezember 1912 ist sodann das Feststellungsbegehren des Klägers gänzlich abgewiesen und der Rentenanspruch zur Hälfte dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, im übrigen aber abgewiesen worden. Das RG. hat den Kläger vollständig abgewiesen. Zunächst läßt das angefochtene Urteil jegliche Feststellung darüber vermissen, daß der Beklagte an derjenigen Stelle, an welcher der Kläger zu Fall gekommen ist, einen Verkehr eröffnet hat, eine Feststellung, welche die notwendige Voraussetzung für die Haftbarkeit des Beklagten im vorliegenden Falle bildet (vgl. RG. 54, 53, insbesondere 57; JW. 07, 332[9] und Urteil des erkennenden Senats vom 18. Oktober 1910, VI 666/09). Nach dem zwischen dem Beklagten und B. abgeschlossenen Vertrage vom 12./19. Mai 1899 ist diesem von dem Beklagten die Erlaubnis erteilt worden, unter den in dem Vertrage angegebenen Bedingungen den Straßengraben überbrücken zu dürfen. Durch die Benutzung dieser Überbrückung ist der Kläger, als er sich aus dem Hause B.s entfernt hatte, zu Fall gekommen, so daß danach angenommen werden muß, daß der Kläger infolge der Benutzung eines Weges verunglückt ist, auf welchem der Tischlermeister B. einen Verkehr nach seinem Hause eröffnet hatte. Der Umstand allein, daß die Stelle, an welcher der Kläger verunglückt ist, im Eigentum des Beklagten stand, oder daß der Beklagte in seinem eigenen Interesse im Vertrage mit B. diesem genau vorgeschrieben hatte, in welcher Weise die Überbrückung auszuführen sei, vermag eine Haftbarkeit des Beklagten für den Unfall nicht zu rechtfertigen, da dadurch der Beklagte eine Verantwortlichkeit für die Benutzung der Überbrückung durch B. oder durch diejenigen Personen, die in dem B.schen Hause verkehrten, nicht übernahm. Hiernach mußte die Aufhebung des angefochtenen Urteils erfolgen, ohne daß es eines Eingehens auf die weiter erhobenen Revisionsrügen bedurft hätte. Gleichzeitig war auch, da es an einer notwendigen Voraussetzung für die Haftbarkeit des Beklagten gebricht und die Sache somit zur Endentscheidung spruchreif ist, auf die Berufung des Beklagten das erstinstanzliche Urteil weiter dahin abzuändern, daß der auf Zahlung einer Rente gerichtete Klagantrag gänzlich abzuweisen war. Kreiswegeverband c. B., U. v. 24. April 13, 54/13 VI. — Hamm. [K.]

**5.** § 465 BGB. Vertrags- oder Restitutionsklage?]

Einwandfrei ist ausgeführt, daß wegen des Schwamms und der Trockenfäule das Haus einen Minderwert von 6849,80 ℳ hat, sowie daß in Höhe dieses Betrags der Minderungsanspruch an sich begründet ist. Die Revision macht lediglich geltend, die Klage habe auf „Restitution" gerichtet werden müssen, eine Klage bloß auf Einwilligung in die Minderung gewähre das Gesetz nicht. Der Antrag, wie er gestellt, sei nur bei Billigung der sog. Vertragstheorie haltbar, allein diese Theorie werde von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller abgelehnt, und mit Recht schon allein deshalb, weil bei dem Streite derselben Parteien in derselben Sache eine Häufung der Prozesse vermieden werden müsse. — Die Revision ist nicht begründet. — Nach § 465 BGB. ist die Wandlung oder Minderung vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt. Der Wortlaut der Vorschrift spricht dafür, daß der Gesetzgeber eine Klage auf Vollziehung der Wandlung oder Preisminderung nicht für unzulässig erachtet hat. Eine Stütze findet diese Ansicht auch — GruchotsBeitr. 46, 532/33 — in den Verhandlungen der Kommission und insbesondere auch in den Prot. I, 710, wo hervorgehoben ist, daß die Klage „nicht gerade" auf Einwilligung in die Rückgängigmachung des Geschäfts oder in die Preisminderung gerichtet werden „müsse". Ähnlich hat sich in mehrfachen Entscheidungen (RG. 58, 423; 66, 75; 69, 388; 70, 199) auch das RG. ausgesprochen. Hierüber hinaus hat indessen das RG. zu der viel bestrittenen Frage, ob vom Standpunkte des BGB. aus

dennoch nicht die sog. Vertrags-, sondern die sog. Restitutionstheorie Billigung verdient, bisher Stellung nicht genommen, und zu einer grundsätzlichen Stellungnahme bietet auch der gegenwärtige Fall keinen Anlaß. Der Kläger begehrt nicht lediglich Einwilligung in die Preisherabsetzung, sondern zugleich auch Herabsetzung des Preises in Höhe eines bestimmt bezifferten Betrags. Es kommt hinzu, daß nach dem übereinstimmenden Vortrage beider Parteien der Kaufpreis für das Grundstück noch nicht völlig bezahlt, sondern in größerem Betrage als Hypothek eingetragen steht. Mit der Rechtskraft des gegenwärtigen Urteils wird daher die der Hypothek zugrunde liegende persönliche Forderung ohne weiteres in entsprechender Höhe gemindert. Hiernach bildet den Gegenstand der Klage nicht lediglich die Berechtigung zur Minderung, sondern zugleich auch ein hieraus hergeleiteter ziffermäßig bestimmter Anspruch, und mit der Feststellung dieses Anspruchs wird ohne weiteres der Kaufpreisanspruch der Beklagten in entsprechender Höhe beseitigt. Nach der hier allein in Betracht kommenden persönlichen Seite des Schuldverhältnisses hin ist im Ergebnis die Wirkung der Klage die gleiche wie die der Leistungsklage, und dies reicht aus, um die Klage als zulässig erscheinen zu lassen. B. c. B., U. v. 23. April 13, 520/12 V. — Frankfurt a. M. [K.]

**6.** Zum Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt.]

Der Beklagte ist der Eigentümer eines in der Cheruskerstraße Nr. 11 in S. gelegenen Hauses, in welchem die Kläger seit mehreren Jahren zur Miete wohnen. Am 27. Januar 1911 erlitt die Klägerin beim Verlassen des Hauses einen Schenkelhalsbruch: vor dem Eingang befindet sich im Fußboden eine Vertiefung, die in dieser liegende Matte füllte die Vertiefung nicht ganz aus, die Klägerin geriet mit dem Hacken des rechten Fußes in die Lücke zwischen Matte und Vertiefungsrand, kam, weil sich der Hacken in die Lücke einklemmte, zu Fall und zog sich die Verletzung zu. . . Mit Recht nimmt das BG. an, daß der Beklagte als Vermieter den Hausflur in einem zum vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu halten und daß er, da er sein Haus dem allgemeinen Verkehr eröffnet hatte, nicht nur dem Mieter, sondern jedem Dritten für einen verkehrssicheren Zustand des Hauses zu sorgen hatte. Hat der Beklagte es hieran fehlen lassen, so haftet er sowohl vertraglich, wie außervertraglich für die Folgen seines Verschuldens. Der BerR. nimmt an, der durch die Lage der Drahtmatte in der Vertiefung geschaffene Zustand sei zwar nicht ganz sachgemäß gewesen, es habe sich jedoch um einen so geringfügigen Fehler gehandelt, daß die Sicherheit des Verkehrs nicht beeinträchtigt worden sei; die Anforderungen, welche in dieser Hinsicht an einen Hauswirt zu stellen seien, dürften nicht überspannt werden, es dürfe von ihm nicht verlangt werden, daß er einen Zustand schaffe, der jede auch nur mögliche und denkbare Gefahr ausschließe, sondern er dürfe damit rechnen, daß die in seinem Hause verkehrenden Personen sich darin mit der Aufmerksamkeit und Vorsicht bewegen, die im normalen Verkehr vorausgesetzt werde. Die Lage der Matte im Hausflur unmittelbar an der Eingangstür habe es mit sich gebracht, daß sie von den Passanten langsam und vorsichtig betreten wurde, auch sei die Matte und der ganze Hausflur vom Tageslicht hell beleuchtet gewesen; das Rutschen der Matte sei auch offenbar von den Mietern nicht als Mangel empfunden worden, da bis zum Unfall keinerlei Beschwerde über die Matte, die sich über Jahr und Tag an derselben Stelle befunden habe, geführt worden sei; auch sei der Unfall gar nicht durch das Rutschen der Matte entstanden; daß sich die Klägerin den Hacken einklemmen würde, sei nicht voraussehbar gewesen, sondern auf ein Zusammentreffen von außergewöhnlichen Umständen und in erster Linie auf das unvorsichtige und ungeschickte Aufsetzen des Fußes und Öffnen der Eingangstür seitens der Klägerin zurückzuführen. Diesen Ausführungen des BG. kann nicht beigetreten werden. Es kommen zwar unmittelbar am Hauseingang auch Drahtmatten zur Verwendung; die Erfahrung lehrt jedoch, daß ihre Benutzung namentlich im Winter bei Schneefall mit Gefahren verbunden ist. Handelt es sich aber, wie im vorliegenden Falle, um eine biegsame, hin und her rutschende Drahtmatte, so wird die Sicherheit des Verkehrs am Hauseingange in hohem Grade beeinträchtigt, und zwar nicht nur für diejenigen, die in das Haus eintreten, sondern auch für Personen, die es verlassen wollen. So wie die Matte am Hauseingang angebracht ist, muß sie von jedermann betreten werden; gerade in dem Augenblick, wo man mit einer gewissen Kraftanwendung die Haustür öffnet, bedarf man eines sicheren Standorts, den man auf einer sich leicht verschiebenden, hin und her rutschenden und dadurch Lücken in der Vertiefung hervorrufenden Drahtmatte nicht in einem hinreichenden Maße findet. Bei Aufwendung der im Verkehr erforderlichen Aufmerksamkeit hätte sich der Beklagte, der selbst die Anordnung getroffen hatte und die gefährliche Lage der Drahtmatte kannte, sagen müssen, daß Leute, welche den Hauseingang passierten, leicht in die von der Drahtmatte nicht ausgefüllten Vertiefung geraten und sich verletzen konnten. Auch wenn man Absätze von gewöhnlicher Breite, wie sie die Klägerin hatte, und nicht besonders schmale und hohe Absätze trug, konnten infolge der fehlerhaften Anlage Unfälle entstehen; abgesehen davon aber mußte der Beklagte seine Vorkehrungen auch danach treffen, daß der Zustand der Drahtmatte nicht für solche Personen, die schmale hohe Absätze tragen, gefährlich werden konnte. Ein Anlaß, die Matte mit einer größeren Sorgfalt, als sie gewöhnlich beim Betreten eines Hausflurs angewandt zu werden pflegt, zu betreten, lag um so weniger vor, als der Hausflur und die Matte hell beleuchtet war. Der Unfall der Klägerin ist danach auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen. D. c. G., U. v. 11. April 13, 508/12 III. — Berlin. [S.]

**7.** § 831 BGB. Haftung eines Kriegervereins für die Handlungen seines Vergnügungsausschusses.]

1. Wer ein öffentliches Feuerwerk veranstaltet, hat mit der im § 276 BGB. gebotenen Sorgfalt die zuschauende Menge vor den damit verbundenen Gefahren tunlichst zu schützen und besonders darauf bedacht zu sein, daß die losgebrannten Feuerwerkskörper und namentlich die abgeschossenen Raketen niemanden treffen und verletzen können. Vor allem verlangt es die Verkehrssicherheit, daß die Zuschauer in ausreichend ungefährlichem Abstande vom Feuerwerksplatz und dem Raketenbereiche wirksam zurückgehalten werden. Urteile des Senats vom 11. Dezember 1911, VI 36/11 und vom 8. Juli 1912, VI 76/12. Veranstalter des Feuerwerks war hier der verklagte Verein. Dieser hat, wie das BG. feststellt, durch

seinen dazu bevollmächtigten Vergnügungsausschuß den Fabrikinspektor L. mit dem Abbrennen des Feuerwerks beauftragt, der auch schon in früheren Jahren das Feuerwerk auf der Schlachthauswiese im Auftrage des Beklagten abgebrannt hat. L. hat jedoch, wie weiter festgestellt ist, es an den nötigen Sicherungsmaßregeln durchaus fehlen lassen. Die Feuerwerkskörper wurden im Viereck mitten auf die Wiese gestellt, und jedermann konnte von der Graben-, See- und Wegeseite an sie herantreten. Absperrende Seile waren nicht vorhanden. Die fünf Männer, die ihm zur Verfügung standen, reichten nicht aus, um die Zuschauer weit genug zurückzuhalten. Dazu kam, daß die Raketen leicht geneigt aufgestellt waren und daß Gefahr bestand, daß bei größerer Neigung, mit welcher Möglichkeit zu rechnen war, die Raketenstöcke gerade gegen die Zuschauer geschleudert wurden. Ein Opfer dieser Gefahr wurde auch der Kläger, der, obwohl er seitwärts von der Flugbahn stand, von einem herabfallenden Raketenstock ins Auge getroffen wurde. Das BG. stellt daraufhin fest, daß L. in Ausführung der ihm vom Beklagten aufgetragenen Verrichtung, das Feuerwerk abzubrennen, dem Kläger widerrechtlich Schaden zugefügt habe und erklärt den Beklagten nach § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB. zum Ersatze des Schadens verpflichtet, indem es den vom Beklagten aus § 831 Abs. 1 Satz 2 angetretenen Beweis sorgfältiger Auswahl des L. für mißlungen erachtet, auch jegliches Mitverschulden des Klägers nach § 254 BGB. verneint. 2. Zunächst rügt die Revision Verletzung des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB., indem sie ausführt: Da nicht der Verein, sondern für ihn dessen Vergnügungsausschuß den L. mit dem Abbrennen des Feuerwerks beauftragt habe, sei der Vergnügungsausschuß rechtlich als Besteller anzusehen und der Verein würde für die widerrechtliche Schädigung des Klägers nur verantwortlich sein, wenn er bei Bestellung des Vergnügungsausschusses nicht mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt verfahren wäre. Die Rüge ist unbegründet. Als nichtrechtsfähiger Verein ist der Beklagte keine bloße Gesellschaft, sondern eine körperschaftlich eingerichtete Personenverbindung. Was die Mitgliederversammlung als ihren Willen beschließt, soll, wo die Satzung dies bestimmt, auch für die überstimmten und die ausgebliebenen Mitglieder, also für den Verein als solchen verbindlich sein. Und was die Organe des Vereins, die er vermöge seiner körperschaftlichen Gestaltung besitzt, um sich nach außen zu betätigen, in befugter und gültiger Vertretung der Mitglieder vornehmen, gilt und wirkt rechtlich ebenso, als wenn die Handlung von sämtlichen Vereinsmitgliedern, also vom Vereine selbst vorgenommen würde. Vgl. Urteile des RG. vom 2. Februar 1905, VI 153/04 (RG. 60, 98); vom 25. Oktober 1910, VII 589/09 (RG. 74, 371); vom 11. Dezember 1911, VI 36/11. So liegt die Sache auch hier. Denn hier hat, wie der Beklagte nach dem landgerichtlichen Tatbestande selber vorgetragen hat, die Mitgliederversammlung zur Veranstaltung von Vereinsfesten einen Vergnügungsausschuß, dem auch der Fabrikinspektor L. angehört, bestellt und allgemein ermächtigt, alljährlich ein Feuerwerk zu veranstalten. Insbesondere ist L. auch im Jahre 1910 vom Vereinsschriftführer P. darum angegangen worden, das Feuerwerk wie in den früheren Jahren abzubrennen. Dieser festgestellte Sachverhalt ergibt klar, daß die Bestellung des L. zum Abbrennen des Feuerwerks unmittelbar dem Beschlusse der Mitgliederversammlung, also dem Vereinswillen entsprochen hat, wobei es rechtlich belanglos ist, wer von den Vereinsorganen ihm diesen Willen kundgegeben hat, ob dies insbesondere vom Vergnügungsausschuß oder vom Vereinsvorstand aus geschehen ist. Daher hat das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen, daß im Sinne des § 831 Abs. 1 Satz 1 BGB. der Beklagte den L. dazu bestellt hat, das Feuerwerk zu veranstalten. Aber auch, wenn der Entlastungsbeweis aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB., wie die Revision meint, dahin zu erfordern wäre, daß der Beklagte den von ihm bestellten Vergnügungsausschuß sorgfältig ausgewählt habe, so müßte er doch auch unter diesem Gesichtspunkte nachweisen, daß er auch den Inspektor L. als Mitglied dieses Ausschusses sorgfältig ausgewählt hat. 3. Zweitens rügt die Revision die Feststellung, daß L. für das Abbrennen des Feuerwerks nicht geeignet gewesen und daß deshalb der Entlastungsbeweis des Beklagten aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. nicht geführt sei. Auch diese Rüge ist verfehlt. Die Sachlage und die verkehrserforderliche Sorgfalt geboten, wie das BG. rechtlich zutreffend annimmt, nur einen solchen Mann mit der Veranstaltung des Feuerwerks zu betrauen, der nicht bloß das Aufstellen und Entzünden der Feuerwerkskörper verstand, sondern auch Bescheid wußte, wie die Gefahrzone des Feuerwerks sachgemäß zu begrenzen und abzusperren war. Tatsächlich hat nun das BG. festgestellt, daß L. die letztere Fähigkeit trotz seines ehemaligen Besuchs einer Oberfeuerwerkerschule nicht besessen hat, und daß der Beklagte diesen Mangel bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können; verwertet wird dabei der Umstand, daß L. schon bei den früheren Gelegenheiten unterlassen hat, die Zuschauer gegen die Gefahren des abzubrennenden Feuerwerks irgendwie zuverlässig zu sichern. Alles dies sind wesentlich tatsächliche Ausführungen, die in dieser Instanz nicht nachzuprüfen sind. War aber L. ungeeignet, um den Gefahrenbereich des Feuerwerks wirksam abzusperren, so hätte der Beklagte selber zum Schutze der Verkehrssicherheit einschreiten und die dazu erforderlichen Maßnahmen anordnen sollen. Dies gebot ihm die eigene Sorgfaltspflicht und deren Verletzung fällt ihm nach § 823 Abs. 1 BGB. als eigene Fahrlässigkeit zur Last. K. c. L., U. v. 12. April 13, 523/12 VI. — Marienwerder. [S.]

**8.** §§ 906, 1004 BGB.]

Das Haus des Beklagten und das Fabrikgrundstück der Klägerin in B. sind Nachbargrundstücke. Durch rechtskräftiges Urteil vom 6. Januar 1910 ist die Klägerin verurteilt worden, Vorkehrungen in ihrer Maschinenanlage zu treffen, die es verhindern, daß durch die von ihrer Dampfmaschine und der Kesselspeisepumpe ausgehenden Geräusche die Benutzung des Hauses des jetzigen Beklagten beeinträchtigt wird. Da die Klägerin diesem Urteil nicht nachkam, wurde durch Beschluß vom 22. Februar 1912 der jetzige Beklagte ermächtigt, in den Maschinenräumen der Klägerin auf deren Kosten gewisse Umänderungen vorzunehmen. Mit der Behauptung, dem Urteile genügt zu haben, hat die Klägerin geklagt auf Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Urteil. Das LG. hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Klägerin ist von dem KG. zurückgewiesen worden. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Verurteilung nach dem Klageantrag. — In Aus-

führungen, die irgendeinen Rechtsirrtum nicht erkennen lassen, weist das BU. nach, daß das Recht auf Abstellung von Geräuschen und dergleichen gemäß § 906 BGB. nicht schon dadurch erlösche, daß der Beklagte im Rechtsstreite vorübergehend Abhilfe schaffe, vielmehr nur solche Vorkehrungen zur Abweisung der sogenannten Immissionsklage führen könnten, die die Gewähr dauernder Beseitigung des Übels böten. Die gleichen Voraussetzungen müßten aber auch vorhanden sein für die Vollstreckungsgegenklage auf Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil. Soweit die Klägerin nach Erstattung des Gutachtens des Sachverständigen Vorkehrungen getroffen haben will, vermißt das BG. darin die Gewähr für die dauernde Beseitigung der Geräusche, wie man sie für den Erfolg der Vollstreckungsgegenklage verlangen müsse. Es gibt dafür eine ausreichende tatsächliche Begründung, die darauf hinausläuft, daß diese von der Klägerin angeblich ergriffenen Maßnahmen für sich allein eine Gewähr dauernder Abhilfe noch nicht erbringen könnten, dazu vielmehr noch der ernste Wille der Klägerin hinzukommen müsse, den Übelständen endlich endgültig abzuhelfen. Wenn das BG. zu dem Ergebnis gelangt, daß es sich von der Ernstlichkeit dieses Willens nicht habe überzeugen können, wofür es ebenfalls an einer Begründung nicht fehlt, so bewegt es sich auch hier auf dem tatsächlichen, und daher einem wirksamen Angriff entzogenen Gebiet. Die Revision erhebt denn auch nur den Angriff der Verletzung der richterlichen Fragepflicht, durch deren Ausübung hätte zur Erörterung gestellt werden müssen, wie denn dem BG. diese Überzeugung beigebracht werden könnte. Es kann indessen nicht anerkannt werden, daß dazu für das BG. irgendwelche Veranlassung vorgelegen hätte. Das Urteil gewinnt seine Entscheidung durchaus sachgemäß aus der Lage des Falles selbst entnommenen Erwägungen (JW. 10, 654[12]). Die Klägerin hat die Dampfmaschine durch einen Elektromotor ersetzt. Diesen Tausch will das BG. als einen dauernden gelten lassen, aber es sieht diese von dem Sachverständigen bereits berücksichtigte Veränderung nach dessen Gutachten als zur Abstellung der Geräusche nicht genügend an. Es ist daher auch nicht zutreffend, wenn die Revision annimmt, es handle sich nur mehr um die von der Kesselspeisepumpe ausgehenden Geräusche. Im übrigen handle es sich, wie das Urteil ausführt, lediglich um im Anbringen von Gummi und Filz bestehende Schutzmaßregeln, die — und dies ist für seine Entscheidung wesentlich — nach der Natur des dazu verwendeten Stoffes und der Art ihrer Anbringung sowohl leicht beseitigt werden können als auch sich schnell abnutzen und deshalb öfters erneuert werden müssen. Da hiernach der Mangel der Gewähr dauernder Abhilfe in dem Wesen selbst der angeblich getroffenen Vorkehrungen liegt, so ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Aufklärung über die Beseitigung dieses Mangels von der Ausübung der richterlichen Fragepflicht zu erwarten war. Dann aber kann dem Gericht die Unterlassung einer Frage auch nicht zum Vorwurfe gemacht werden. Die Revision irrt ferner, wenn sie in dem Satze des Urteils: „Der Umstand, daß der jetzige Beklagte mehr als zwei Jahre nach Erlaß des Urteils noch nicht klaglos gestellt war, spricht vielmehr gegen ihren" (der Klägerin) „guten Willen", den Kernpunkt der ganzen Entscheidung zu finden glaubt. Denn augenscheinlich hat das BG. lediglich zur Bestärkung seiner ausreichend begründeten Entscheidung darauf hingewiesen, so daß es von keiner Bedeutung sein kann, ob diesem Hinweise besonderer rechtlicher Wert beizumessen ist oder nicht. Wenn die Revision hervorhebt, daß es bei dem Inhalt der aus §§ 906, 1004 BGB. ergehenden Entscheidungen, der dem Verurteilten nicht angebe, welche Vorkehrungen im einzelnen er zu treffen habe, sehr schwer sei, das Richtige zu treffen, um dem Urteil zu genügen, dies auch hier zutreffe und der Klägerin jeder böse Wille gefehlt habe, so können diese Behauptungen richtig sein. Aber sie können an der Entscheidung nichts ändern. Wenn die Entscheidungen aus §§ 906, 1004 BGB. in der allgemeinen, sich an den Wortlaut des Gesetzes anlehnenden Form ergehen, der Berechtigte sogar genauere Anordnungen durch das Urteil nicht beanspruchen kann (Warneyer Erg.-Bd. 1910 Nr. 357), so geschieht dies vorwiegend im Interesse des Verurteilten, um den von ihm für erfolgreich erachteten Maßnahmen nicht vorzugreifen. Dies hat dann allerdings vielfach die für ihn lästige Folge, daß er auf Versuche angewiesen ist. Indessen kann sich die Klägerin darüber um so weniger beklagen, als ihr durch den Beschluß vom 22. Februar 1912 der Weg vorgezeichnet war, den sie hätte einschlagen können, um dem Urteile zu genügen. In jedem Falle kann sie, wie bereits erwähnt, mit der Vollstreckungsgegenklage nur durchdringen, wenn sie nachweist, daß in dauernder Weise Vorkehrungen getroffen sind, um die Einwirkungen, die der Beklagte nicht zu dulden braucht, ständig zu beseitigen. R. c. N., U. v. 12. April 13, 536/12 V. — Berlin. [S.]

**9.** Witwenpension und Wiederverheiratung. (Nichtige Ehe.)]

Die Klägerin, die als Witwe des im Jahre 1904 verstorbenen Stadtinspektors G. sich im Jahre 1907 mit dem Kaufmann R. verheiratet hat, verlangt von der Beklagten die Weiterzahlung des ihr bis zur Wiederverheiratung gezahlten Witwengeldes, für die Zeit vom 1. März 1911 an, nachdem ihre zweite Ehe auf Anfechtung ihres Mannes durch ein im Februar 1911 rechtskräftig gewordenes Urteil für nichtig erklärt ist. Der Klage ist entsprochen worden. Eine Verletzung des § 18 des Preußischen Gesetzes vom 20. Mai 1882 oder der §§ 1345 ff. BGB. ist in den Ausführungen des BG. nicht enthalten. Die in der Gewährung von Witwenpension liegende Fürsorge entfällt mit der Wiederverheiratung der Witwe, weil diese dadurch in ein Lebensverhältnis eintritt, kraft dessen der Ehemann die Fürsorge für sie zu übernehmen verpflichtet ist. Eine solche Verpflichtung besteht für den Ehemann aber nur im Falle der Eingehung einer vollwirksamen Ehe. Ist dagegen die Ehe anfechtbar und angefochten, mithin nichtig, und ist diese Nichtigkeit durch Urteil ausgesprochen, so äußert die Eheschließung von Anfang an keine rechtlichen Wirkungen und ist deshalb so zu behandeln, als ob sie überhaupt nicht erfolgt wäre, wie dies das RG. bereits in dem Urteile vom 2. Juli 1903 (JW. 03 Beil. 111 Nr. 245) mit eingehender Begründung ausgesprochen hat. Das die Nichtigkeit der Ehe aussprechende Urteil hat nicht die Bedeutung, daß es nur den Fortbestand der Ehe beseitigt, sondern die (deklaratorische) Bedeutung, daß es das Nichtbestehen und Nichtentstandensein einer Ehe feststellt. Ebenso wie nach § 142 Abs. 1 BGB. das anfechtbare Rechtsgeschäft, sobald es angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen, ist auch der Eheschließungsvertrag, gegen den sich

in den Fällen der §§ 1331 bis 1335 die wegen Willensmangels bei Schließung dieses Vertrags zulässige Anfechtung richtet (RG. in JW. 03 Beil. 111 Nr. 245), als von Anfang an nichtig anzusehen. Die Sachlage ist also so, als habe eine Eheschließung gar nicht stattgefunden. Wo das Gesetz von Wiederverheiratung spricht, kann es aber, wenn nicht besondere Gründe darauf hinweisen, daß lediglich der Akt der Eheschließung ohne Rücksicht auf seine Gültigkeit entscheiden solle, darunter nur eine gültige Eheschließung verstehen. Der von der Revision herangezogene Fall, der alsbald nach der Wiederverheiratung der pensionsberechtigten Witwe erfolgenden Auflösung ihrer vollwirksamen neuen Ehe durch den Tod ihres zweiten Ehegatten, kann zur Vergleichung überhaupt nicht dienen, da in diesem Fall ja eine gültige Ehe zustande gekommen ist. Die Revision hat ferner noch herangezogen die Vorschrift des § 1345 BGB., nach welcher, wenn die Nichtigkeit der Ehe bei der Eheschließung dem einen Ehegatten bekannt war, der andere Ehegatte, sofern nicht auch ihm die Nichtigkeit bekannt war, nach der Nichtigkeitserklärung verlangen kann, daß ihr Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere in Ansehung der Unterhaltspflicht, so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung geschieden und der Ehegatte, dem die Nichtigkeit bekannt war, für allein schuldig erklärt worden wäre. Auch diese Vorschrift läßt sich nicht zugunsten der Auffassung der Revision verwerten; denn sie stellt sich lediglich als eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 1343 Abs. 1 Satz 1 zugunsten des gutgläubigen Ehegatten dar. Stadtgem. P. c. G., U. v. 25. April 13, 516/12 III. — Posen. [K.]

**10.** §§ 2214, 1651 Nr. 2 und 1656 Abs. 1 BGB. Nachlaßgläubiger. — Testamentsvollstrecker.]

Der am 30. November 1910 verstorbene Fabrikant Ludwig N. zu H. setzte in seinem Testament vom 20. April 1910 die Ehefrau des Klägers und dessen minderjährige Kinder Liesel F. und Lotte F. gleichzeitig als Erben ein. Er ordnete eine Testamentsvollstreckung an und bestimmte, daß während der Minderjährigkeit der genannten beiden Kinder die Verwaltung des ihnen zugefallenen Erbes von einem für sie zu bestellenden Vormund oder Pfleger geführt werden solle. In dem Testament sprach er ferner den Wunsch aus, daß das Einkommen der Kinder vornehmlich zu einer hervorragenden künstlerischen Erziehung und Ausbildung verwendet werde, soweit sich Neigung dafür bei den Kindern zeige, und bemerkte dabei, es sei für ihn ein beruhigender Gedanke, seinen Lieblingen die Grundlage für eine künstlerische Laufbahn gegeben zu haben, und er hege die Hoffnung, daß sie das hohe Künstlertum erreichen würden, das die Sehnsucht seines Lebens gewesen und von dem er durch äußere Umstände abgehalten worden sei. In dem Testamentsnachtrage vom 11. November 1910 verordnete er mit Rücksicht auf das in letzter Zeit zutage getretene feindselige Verhalten des Klägers, daß dieser von allen im Testament ihm zugedachten Vergünstigungen ausgeschlossen sein und keinesfalls berechtigt sein solle, das den Erben zugefallene Vermögen zu verwalten. Das Amt des Testamentsvollstreckers wurde in Gemäßheit der vom Erblasser getroffenen Anordnungen von dem Beklagten übernommen. Als Pfleger der beiden minderjährigen Kinder behufs Verwaltung des auf sie vererbten Vermögens wurde der Amtsgerichtssekretär K. bestellt. Der Kläger hat jetzt gegen den Testamentsvollstrecker Klage erhoben. Er verlangt auf Grund des ihm als Vater zustehenden Nutznießungsrechts die Herauszahlung des auf die beiden Kinder entfallenden Anteils am Reinertrag des Geschäfts für die Zeit seit dem Tode des Erblassers. Der Beklagte wandte insbesondere ein, daß dem Kläger die Befugnis fehle, den Anspruch geltend zu machen anderseits er, der Beklagte, als Testamentsvollstrecker wegen des Anspruchs nicht belangt werden könne. Zur Abweisung der Klage ist das BG., das in dieser Beziehung den Ausführungen des LG. beitritt, einmal aus dem Grunde gelangt, weil der Kläger hinsichtlich seines auf das väterliche Nutznießungsrecht sich stützenden Anspruchs nicht als Nachlaßgläubiger anzusehen sei und deshalb die Klage nicht gegen den Testamentsvollstrecker richten könne. Diese Begründung erscheint, wie der Revision zuzugeben ist, rechtlich nicht haltbar. Durch die Vorschrift des § 2214 BGB. wird es allerdings ausgeschlossen, daß Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören (vgl. § 1967 Abs. 2), sich an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände halten können. Der in der Verwaltung des Testamentsvollstreckers befindliche Nachlaß haftet nur den Nachlaßgläubigern, nicht den Privatgläubigern des Erben. Letztere haben nur einen persönlichen Anspruch gegen den Erben und können nur von diesem Befriedigung fordern, wobei dahingestellt bleiben kann, inwieweit sie durch Pfändung des dem Erben gegen den Testamentsvollstrecker zustehenden Anspruchs auf künftige Aushändigung des Erbteils sich eine von dem Testamentsvollstrecker zu berücksichtigende Sicherung verschaffen können. Nicht aber werden durch § 2214 diejenigen betroffen, welche ein dingliches Recht an den Erbschaftsgegenständen haben, das vermöge seiner rechtlichen Natur gegen Beeinträchtigung durch einen jeden Dritten geschützt ist und deshalb auch einen unmittelbaren Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker gibt. Zu den „Gläubigern" im Sinne des § 2214 können diese Berechtigten nicht gezählt werden, wie auch ihre Rechtsstellung von derjenigen der Nachlaßgläubiger (vgl. die Vorschriften über Aufgebot der Nachlaßgläubiger §§ 1970 ff. und über Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten §§ 1975 ff.) in grundsätzlichen Beziehungen verschieden ist. Ebenso kann auch der Gewalthaber des Erben wegen seines gesetzlichen Nutznießungsrechts nicht bloß auf einen Anspruch gegen den Erben verwiesen werden. In dem Umfang seines Nutznießungsrechts hat er vielmehr in gleicher Weise wie der Erbe einen unmittelbaren Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker. Mit dem Anfall der Erbschaft an den Erben fällt zugleich kraft Gesetzes dem Gewalthaber das Nutznießungsrecht an der Erbschaft zu, das er als selbständiges Rechgegen jeden Dritten geltend machen kann und das als dingliches Recht in RG. 75, 162 anerkannt wird. Es folgt hieraus, daß er die Wahrnehmung seiner Rechte gegen den Testamentsvollstrecker nicht dem Erben zu überlassen braucht, sondern die hieraus hervorgehenden Ansprüche selbst gegen den Testamentsvollstrecker erheben kann. Er kann, sofern eine Auseinandersetzung der Miterben stattgefunden hat, von dem Testamentsvollstrecker verlangen, daß die auf den Erbteil entfallenen Gegenstände ihm selbst als Nutznießungsberechtigten überlassen werden, und er kann, sofern der Testamentsvollstrecker die ihm obliegende

Auseinandersetzung (§ 2204) noch nicht bewirkt hat, gegen diesen im Interesse seines Nutznießungsrechts den Anspruch erheben, daß die Auseinandersetzung vorgenommen werde. Desgleichen kann er das Verlangen stellen, daß der Testamentsvollstrecker den jährlichen Reinertrag (vgl. § 2218 Abs. 2 BGB.), soweit er auf den Anteil des in seiner elterlichen Gewalt befindlichen Miterben fällt, ihm ausantworte, und er ist nicht gehindert, den Klageantrag auf Auszahlung desjenigen Betrags zu richten, welcher bei richtiger Verteilung dem Miterben zukommen würde. Eine solche Klage ist hier von dem Kläger als Nutznießungsberechtigten an den Erbteilen seiner Kinder Liesel und Lotte F. gegen den beklagten Testamentsvollstrecker erhoben. Die Zulässigkeit dieser Klage ist an sich nicht zu beanstanden. Im vorliegenden Falle ist aber weiter zu untersuchen, wieweit nach dem Testament des Ludwig N. die Befugnisse des Klägers als Nutznießungsberechtigten hinsichtlich des Erbteils seiner Kinder gehen. Dem Erblasser stand es frei, den Kindern des Klägers das ihnen hinterlassene Erbe als freies Vermögen unter Ausschließung der Nutznießung des Klägers zuzuwenden (§ 1651 Nr. 2 BGB.). Eine solche Bestimmung ist von dem Erblasser nicht getroffen. Er hat sich in dem Testamentsnachtrage vom 11. November 1910 darauf beschränkt, die zugunsten des Klägers in seinem Testament getroffenen Anordnungen aufzuheben und ihm die Berechtigung zur Verwaltung des Vermögens der Erben zu entziehen. Im Einklang hiermit steht es, daß bereits im Testament vom 20. April 1910 die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers zur Verwaltung des an Liesel und Lotte F. vererbten Vermögens angeordnet ist. Es liegt hiernach der Fall des § 1656 Abs. 1 BGB. vor. Der Kläger kann, da ihm die Verwaltung des seiner Nutznießung unterliegenden Vermögens nicht zusteht, die Nutznießung nicht ausüben. Sein Recht ist darauf beschränkt, daß er die Herausgabe der Nutzungen verlangen kann, soweit nicht ihre Verwendung zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Bestreitung der Lasten der Nutznießung erforderlich ist. In Frage kommt, ob dieser Anspruch auf Herausgabe gegen den Testamentsvollstrecker oder den für die minderjährigen Kinder bestellten Pfleger zu richten ist. Das BG. hat sich dafür entschieden, daß der Anspruch nur gegen den Pfleger geltend gemacht werden kann. Dem ist trotz der von der Revision erhobenen Angriffe unbedenklich beizutreten. Die Richtigkeit der Ansicht des BG. ergibt sich schon daraus, daß der Kläger nach dem Gesetze nur einen Anspruch hat auf Herausgabe derjenigen Nutzungen, die nach Abzug der Lasten der Nutznießung — wozu namentlich öffentliche Abgaben und Prozeßkosten gehören (vgl. Kommentar von Reichsgerichtsräten Anm. 1 und 3 zu § 1654 BGB.) — verbleiben. Mit diesen Lasten hat aber der Testamentsvollstrecker, der nur den Nachlaß in seiner Gesamtheit zu verwalten hat, nichts zu tun. Die Bestreitung dieser Lasten ist Sache des mit der Verwaltung des Erbes der Kinder betrauten Pflegers, und dieser ist es, der mit der Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen an den Kläger belastet ist. Daß die Nutzungen durch Vermittlung des Pflegers an den Kläger herausgegeben werden, erscheint im Streitfalle nicht, wie in RG. 75, 161 für den damals entschiedenen Fall angenommen ist, als eine zwecklose Formsache. Der Pfleger erhält auf diese Weise, was in der vorliegenden Sache wegen des Umfangs der Vermögensverwaltung und wegen der Abrechnung mit dem stillen Gesellschafter von besonderer Bedeutung ist, die Möglichkeit, eine Kontrolle darüber auszuüben, daß die Nutzungen richtig berechnet sind und nicht etwa an den Kläger zum Nachteil der Pfleglinge zu hohe Beträge ausgezahlt werden. Mit Recht wird ferner von dem BG. darauf hingewiesen, daß nach dem von dem Erblasser in dem Testament ausgesprochenen Wunsche das Einkommen der Kinder vornehmlich zu einer hervorragenden künstlerischen Erziehung und Ausbildung verwendet werden soll. Auch aus diesem Grunde erscheint es, um dem Pfleger einen entsprechenden Einfluß auf die Verwendung des Geldes zu sichern, durchaus zweckmäßig und im Sinne der Bestimmungen des Erblassers liegend, daß der Kläger die ihm zukommenden Nutzungen nicht unmittelbar vom Testamentsvollstrecker erhält. Unerörtert kann bleiben, ob im Streitfalle die Unterhaltskosten — was im allgemeinen nicht anzunehmen ist — aus besonderen Gründen als zu den Lasten der Nutznießung gehörig angesehen werden können. F. c. W., U. v. 12. April 13, 678/12 IV. — Cassel. [S.]

**11.** Der Streit zwischen Testamentsvollstrecker und Erben, ob ein zum Nachlaß gehöriger Gegenstand dem Testamentsvollstrecker gebührt, kann im Wege der Leistungsklage ausgefochten werden. — Verbindung beider im § 2238 BGB. vorgesehenen Testamentsformen.]

Daß die Beklagte Herta S. durch ihren Vormund im Prozesse gehörig vertreten ist (§ 56 ZPO.), ergibt sich ohne weiteres aus § 1793 BGB. Es entsteht jedoch die Frage, ob aus der Bestellung des Klägers zum Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung ihres Erbteils übertragen ist, sachliche Bedenken dagegen herzuleiten sind, daß die Klage auf Auflassung eines zum ungeteilten Nachlasse gehörigen Grundstücks gegen sie als die richtige Prozeßpartei erhoben ist oder ob die von ihr verlangte Leistung eine Verfügung darstellt, die nach § 2211 Abs. 1 BGB. ihr gar nicht zusteht. Allein auch in dieser Bedeutung sind die Einwendungen der Beklagten unbegründet. Der zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Erben bestehende Streit, ob auf Grund der letztwilligen Verfügung des Erblassers ein zum Nachlasse gehöriger Gegenstand dem Testamentsvollstrecker für seine Person gebührt, kann zwischen beiden nicht nur im Wege der Feststellungsklage zum Austrage gebracht werden, sondern der Testamentsvollstrecker verfährt auch vollkommen sachgemäß und ohne daß ihm ein rechtliches Hindernis dabei entgegenstände, wenn er gegen den Erben die Leistungsklage erhebt. In Ansehung der geforderten Leistung begibt er sich damit der eigenen Verfügung über den Nachlaßgegenstand und überläßt diesen zum Zweck der Erfüllung der streitigen Verbindlichkeit dem Erben. Seine Befugnis hierzu läßt sich zumal dann nicht bezweifeln, wenn zwischen ihm und dem Erben wie im gegebenen Falle ein Widerstreit der Interessen besteht. Es braucht daher im gegebenen Falle nicht auf die Frage eingegangen zu werden, ob an und für sich der Testamentsvollstrecker in der Lage sein würde, das Grundstück sich auch selbst aufzulassen (§ 181 BGB.), und ob nur um der Gegensätzlichkeit der Interessen willen ihm dies ausnahmsweise verwehrt wäre (vgl. den Beschluß des V. ZS. vom 28. Juni 1905, RG. 61, 139 ff. insbesondere S. 143). Was den Anspruch selbst anlangt, so ist es zu einer Vollziehung der

Schenkung unter Lebenden nicht gekommen, das in der notariellen Erklärung vom 26. Januar 1901 enthaltene Schenkungsversprechen aber war, wie die Vorinstanzen mit Recht angenommen haben, trotz der Erfüllung der Formvorschrift des § 518 Abs. 1 BGB. unwirksam. Denn in Rücksicht auf seinen Gegenstand hätte eine Beurkundung der Annahme in der gleichen Form hinzukommen müssen (§§ 313, 128, 152); diese aber ist unterblieben. Die Entscheidung hing deshalb davon ab, ob das Testament vom 20. November 1906 eine rechtswirksame Zuwendung des nämlichen Grundstücks enthält. Der Streit hierüber betrifft wie in den Vorinstanzen so auch in der Revisionsinstanz sowohl den Inhalt als auch die Form des Testaments. Mit Bezug auf den Inhalt nimmt der BerR. an, der Erblasser habe bei der Errichtung des Testaments in klarer und unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht, daß der Kläger die ihm schon früher gemachte Zuwendung „haben und behalten" solle und zwar zum voraus vor dem, was ihm als Anteil an dem um die Vorausvergabungen verringerten Nachlasse zukomme. Es handele sich daher um ein Vorausvermächtnis. (Folgen Erörterungen über die Auslegung des Testaments.) Die Auslegung des BerR. stützt sich nicht allein auf die Erklärungen des Erblassers, die bei der Testamentserrichtung in dem gerichtlichen Protokolle selbst beurkundet sind, sondern zugleich auf den Inhalt der Protokollanlage. Dies gibt der Revision Veranlassung, mit der Rüge, daß § 2238 BGB. verletzt sei, die reichsgerichtliche Entscheidung darüber nachzusuchen, ob in Ansehung der Protokollanlage die für letztwillige Verfügungen vorgeschriebene Gesetzesform als gewahrt gelten könne. Hierbei konnte für den vorliegenden Fall davon abgesehen werden, auf die in der Literatur streitige Frage einzugehen, ob es als eine den Anforderungen des § 2238 entsprechende mündliche Erklärung des letzten Willens gelten kann, wenn der Erblasser zur Erläuterung oder Ergänzung seiner mündlichen Verordnungen auf ein Schriftstück Bezug nimmt. Denn der BerR. hat mit Recht angenommen, daß gegebenenfalls die in der Protokollanlage enthaltenen Erklärungen des Erblassers zu einem formgültigen Bestandteile des Testaments deshalb geworden sind, weil bei dem Errichtungsakte mit diesem Schriftstücke in einer Weise verfahren ist, die allen Anforderungen der zweiten in § 2238 geregelten Errichtungsform entspricht. Daß der Erblasser die Schrift von Hand zu Hand dem Richter übergeben hat, wird in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise einmal durch die in dem Protokolle selbst beurkundete Erklärung des Erblassers festgestellt, daß er die Erklärung „als Anlage zu diesem Protokoll" überreiche, und ergibt sich ferner aus der tatsächlichen Beifügung und der hinzutretenden Beurkundung der Zusammengehörigkeit des Protokolls mit der Anlage, die wie durch das Protokoll selbst so auch durch die von dem Richter und dem Gerichtsschreiber auf die Anlage gesetzte, von beiden unterschriebene Aufschrift hergestellt wird. Die nach § 2238 für diese Testamentsform gleichfalls erforderliche Erklärung des Erblassers, daß die übergebene Schrift seinen letzten Willen enthalte, ist, wenn auch nicht mit den Worten des Gesetzes so doch der Sache nach dadurch abgegeben, daß der Erblasser im Zusammenhange mit seinen den letzten Willen unmittelbar kundgebenden mündlichen Erklärungen auf den Inhalt der Anlage Bezug genommen und mit unabweisbarer Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht hat, es solle das in der Anlage Niedergeschriebene zur Erläuterung und Ergänzung des mündlich Erklärten dienen. Auch dies ergibt sich aus dem Protokoll und damit erfüllt dies die Anforderungen des § 2241 Nr. 3 BGB. sowohl in Ansehung der Feststellung der Übergabe der Schrift als auch in Ansehung der Beurkundung ihrer in § 2238 vorgeschriebenen mündlichen Bestätigung durch den Erblasser. Das Testament vom 20. November 1906 ist hiernach durch eine Verbindung beider im § 2238 BGB. geregelten Formen der Errichtung vor einem Richter oder Notar zustande gekommen. Gründe der Zweckmäßigkeit werden in manchen Fällen für eine derartige Vereinigung beider Formen sprechen. Gegen ihre Zulässigkeit aber bestehen keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere kann auch der Revision nicht zugegeben werden, daß die Vereinigung der beiden Formen zu Unzuträglichkeiten und Zweifeln führen könnte. Die Zuverlässigkeit der Beurkundung des letzten Willens bleibt auch bei ihr gewahrt, sofern nur mit der bei jeder Testamentserrichtung im höchsten Maße erforderlichen Genauigkeit und Sorgfalt verfahren wird. S. u. Gen. c. S., U. v. 10. April 13, 647/12 IV. — Berlin. [S.]

Handelsgesetzbuch.

**12.** Aktienrecht. Kein Sonderrecht des Aktionärs auf Auskunftserteilung.]

Das OLG. hat ausgeführt, der Aktionär könne sein Stimmrecht erst ausüben, wenn er sich über den Gegenstand der Abstimmung Gewißheit verschafft habe. Reichten die Vorlagen hierzu nicht aus, so sei es Pflicht des Vorstandes, ihn auf Verlangen vor oder spätestens in der Generalversammlung aufzuklären. Das Recht hierauf sei ein unentziehbarer Teil der Mitgliedschaft, ein vom Mehrheitswillen unabhängiges Sonderrecht. Es werde beeinträchtigt, wenn die zur ordnungsmäßigen Beschlußfassung nötigen Grundlagen dem Aktionär vorenthalten würden. Indem der Vorstand dem Kläger die Auskunft verweigerte, wie sich die 119 205,04 ℳ auf die Beamten verteilten, habe er das Sonderrecht des Klägers verletzt. Ohne Kenntnis der Einzelbeträge habe der Kläger nicht nachprüfen können, ob die Tantieme richtig berechnet war. Jene Kenntnis sei auch um so wichtiger gewesen, als nach § 245 Abs. 2 HGB. die Generalversammlung befugt gewesen sei, mit einfacher Stimmenmehrheit die Herabsetzung der Vergütung des Aufsichtsrats zu beschließen. Das Gesellschaftsinteresse habe einer Beantwortung der Frage nicht entgegengestanden. Alle Angriffe können unerörtert bleiben, da dem BerR. in der Grundanschauung von dem Fragerecht des Aktionärs nicht beigetreten werden kann. Das HGB. § 260 Abs. 2 schreibt vor, daß den Aktionären zur Vorbereitung der Beschlußfassung über die Bilanz, die Entlastung und die Gewinnverteilung bestimmte vom Vorstand auszuarbeitende Schriftstücke vorzulegen sind. Es sind das der Bilanzentwurf, eine Gewinn- und Verlustrechnung sowie ein mit den etwaigen Bemerkungen des Aufsichtsrats versehener Geschäftsbericht. Sind diese schriftlichen Vorlagen lückenhaft oder undeutlich, so kann die Generalversammlung oder auch eine Minderheit von 10 Prozent Vertagung (§ 264) und, wenn es ihr nötig scheint, die Einsetzung von Revisoren (§ 266) verlangen. Daß dies nicht die einzigen Hilfsmittel sind, daß vielmehr Vorstand und Aufsichtsrat unter

Umständen auch mündliche Erläuterungen und Ergänzungen vorzunehmen haben, ergibt sich aus der Natur der Sache und wird im Vorbeigehen auch in den Gesetzesbestimmungen erwähnt. So gestattet § 264 Abs. 2 eine wiederholte Vertagung, wenn über die in der früheren Verhandlung bemängelten Bilanzansätze „die erforderliche Aufklärung nicht gegeben ist"; der § 314 Nr. 1 spricht von dem Fall, wenn die Verhältnisse der Gesellschaft „in den in der Generalversammlung gehaltenen Vorträgen" unwahr dargestellt oder verschleiert werden. Die Aufklärungspflicht, die hiernach der Verwaltung obliegt, ist in weitem Sinne zu verstehen und muß ohne engherzige Geheimniskrämerei ausgeübt werden. Sobald ein Aktionär in der Generalversammlung eine Frage stellt, deren Beantwortung ohne Verletzung der Interessen der Gesellschaft möglich ist, wird die Antwort zu erteilen sein, zumal stets gewärtigt werden muß, daß sich die Mehrheit der Versammlung die Frage aneignet. Läßt der Vorstand eine Frage, auf die er Auskunft geben müßte, unbeantwortet, so sind die Rechtsfolgen nach dem Grundwesen der Aktiengesellschaft zu bestimmen. Danach hat sich der anfragende Aktionär an die Generalversammlung zu wenden und zu beantragen, daß sie die Stellung der Frage beschließt. Wird diesem Antrage entsprochen, so tritt die Antwortpflicht der Verwaltung, die Unschädlichkeit der Frage vorausgesetzt, aus dem Kreise der Pflichten des Anstandes und der geschäftlichen Kulanz heraus und gewinnt nunmehr den Charakter einer Rechtspflicht. Der Generalversammlung als dem übergeordneten Organ der Gesellschaft hat der Vorstand von Rechts wegen Auskunft zu erteilen. Daß er sich grundlos weigern würde, ist auch nicht zu befürchten. Hat es doch die Generalversammlung in der Hand, die Ernennung der Vorstandsmitglieder jederzeit zu widerrufen und gefügigere Personen an deren Stelle zu setzen (vgl. § 231 Abs. 3 HGB.). Wird beschlossen, die beantragte Frage nicht zu stellen, so hat sich der Aktionär in aller Regel damit zu bescheiden. Allerdings ist es möglich, daß ein solcher Beschluß eine Rechtsverletzung enthält, wenn nämlich die Auskunftspflicht schon ohne Rücksicht auf den Wunsch der Generalversammlung als Rechtspflicht besteht. So lag es in dem Falle RG. 34, 57, wo die Liquidatoren nach Gesetz und Statut Rechenschaft zu legen hatten. In einem solchen Falle kann der Beschluß, der die Stellung der Frage verweigert, nach § 271 HGB. angefochten werden. Es mag auch sein, daß eine Anfechtungsklage in besonderen Ausnahmefällen mit der Darlegung begründet werden kann, die Verweigerung der Fragestellung enthalte einen Mißbrauch des Majoritätsrechts und verstoße gegen die guten Sitten (vgl. § 138 BGB.). Näher brauchen diese Zweifel nicht untersucht zu werden, weil der Kläger einen Antrag auf Befragung des Vorstandes nicht gestellt und die Generalversammlung die Verweigerung der Befragung nicht beschlossen hat. Daß die Versammlung durch ihren die Verwaltungsvorlage genehmigenden Beschluß über die Fragen des Klägers stillschweigend zur Tagesordnung übergegangen ist, steht der Fassung eines Verweigerungsbeschlusses keineswegs gleich. Beschluß der Generalversammlung und damit Gegenstand einer möglichen Anfechtung ist nur, was auf Grund der Abstimmung vom Verhandlungsleiter als Beschluß verkündet und im Protokoll beurkundet ist (vgl. § 259 HGB.). Im Gegensatz hierzu will das OLG. schon die Tatsachen, daß die Fragen des Klägers sachlich erheblich waren, für die Gesellschaft keine Gefahr in sich bargen und vom Vorstand unzureichend beantwortet wurden, für die Anfechtung des die Stellung der Frage nicht unmittelbar betreffenden Beschlusses genügen lassen. Das OLG. geht dabei von der Rechtsauffassung aus, daß nicht sowohl die Generalversammlung als vielmehr der einzelne Aktionär Inhaber des Fragerechts sei. Das Recht, Auskunft zu erhalten über die für eine sachgemäße Abstimmung nötigen Punkte, soll ein Sonderrecht oder — in der Ausdrucksweise der Verfasser der Aktiennovelle von 1884 — ein Individualrecht sein. Ähnlichen Gedanken hat, wie nicht unerwähnt bleiben mag, für Gesellschaften mit beschränkter Haftung der I. ZS. des RG. in den beiden in einheitlicher Sache ergangenen Urteilen I 179/1897 und I 66/1901 (JW. 98, 15; SächsArch. 11, 720) Ausdruck verliehen. Die Bedenken gegen die Begründung dieser Urteile mögen unerörtert bleiben. Zweifellos läßt die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die in der Mitte steht zwischen der offenen Handelsgesellschaft und der Aktiengesellschaft, die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter mehr zur Geltung kommen, als es bei der rein kapitalistisch gedachten Gesellschaftsform der Aktiengesellschaft möglich ist. Für Aktiengesellschaften aber muß der Gedanke an ein Individualrecht auf Auskunftserteilung mit Entschiedenheit abgelehnt werden. (Wird näher begründet.) Rh. A. c. W., U. v. 22. April 13, 636/12 II. — Cöln. [K.]

Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

**13.** § 3 Abs. 2 GmbHG. Nur Pflichten, die mit der Mitgliedschaft verbunden sind, müssen in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.]

Laut § 5 des Gesellschaftsvertrags brachte der Kläger auf seine Stammeinlage von 86 400 ℳ derart Liegenschaften ein, daß 21 600 ℳ der Stammeinlage (25 Prozent) getilgt wurden, so daß der Betrag von 64 800 ℳ noch ausstand. Die Auflassung der Liegenschaften an die Beklagte ist am 13. Juli 1899 erfolgt. Durch notariellen Vertrag vom 6. Januar 1900 trat der Kläger von seinem Geschäftsanteil von 86 400 ℳ der Beklagten den Teilbetrag von 70 400 ℳ ab, so daß ihm noch der Betrag von 16 000 ℳ verblieb. Die Beklagte bildete aus diesem von ihr so erworbenen Teilbetrag von 70 400 ℳ Anteile von je 500 ℳ und verkaufte diese Anteile. Die Erwerber dieser Anteile von je 500 ℳ bezahlten an die Beklagte je 25 Prozent. Die Beklagte erzielte also aus 70 400 ℳ die Einzahlung von 25 Prozent mit 17 600 ℳ. Nachträglich kamen den Parteien Bedenken über die Rechtsgültigkeit der Abtretung vom 6. Januar 1900, weil zur Zeit der Abtretung die Geschäftsanteile nicht voll einbezahlt waren, und § 33 Abs. 1 GmbHG. der Gesellschaft m. b. H. den Erwerb nicht voll einbezahlter eigener Geschäftsanteile verbietet. Diese Bedenken wurden dadurch beseitigt, daß sich am 10. November 1905 sämtliche Gründer für etwaige Schäden haftbar erklärten und daß der Kläger notariell die Übertragung von Anteilen aus seinem Geschäftsanteil an bereits im Besitz befindliche Erwerber ordnungsmäßig vollzog. Der Kläger behauptet, er habe mit der Beklagten bei der Abtretung vom 6. Januar 1900 mündlich vereinbart, daß die Beklagte die von ihr eingezogenen 17 600 ℳ als Darlehn des Klägers behalten und auf einzufordernde Ein-

zahlung auf den Geschäftsanteil in Anrechnung bringen solle. Der BerR. stellt auf Grund der Beweisaufnahme fest, die Behauptung des Klägers, daß die 17 600 ℳ der Beklagten als Darlehen des Klägers zufließen sollten, sei widerlegt. Es sei im Gegenteil mit dem Kläger und mit den anderen Gesellschaftern, die sich in der gleichen Lage befanden, ausdrücklich mündlich vereinbart worden, daß die Einnahme, welche die Beklagte aus den ihr übertragenen Geschäftsanteilen erziele, ihr dauernd und endgültig verbleiben solle. Die Gesellschafter hätten auf jeden Gewinn für ihre Person Verzicht geleistet. Dies alles ergebe sich nicht allein aus der Beweisaufnahme, sondern aus dem Zweck des Unternehmens, das zur wirtschaftlichen Hebung der Gemeinde Traben-Trarbach durch die Gründer, angesehene Bürger, dieser Gemeinde dienen sollte. Nur so ließen sich die Urkunden und das eigene Verhalten des Klägers in der ganzen Zeit erklären. Diese Vereinbarung sei bereits zur Zeit der Gründung der Beklagten mündlich getroffen und immer festgehalten worden. Diese mündliche Nebenabrede sei dadurch gültig geworden, daß sie zur Zeit der Gründung und Eintragung der Beklagten in das Gesellschaftsregister sowie der Abtretung der Geschäftsanteile aufrechterhalten worden sei. Damit sei der Mangel notarieller Form geheilt worden. Dieser Auffassung, die lediglich in das Ermessen gestellt ist, muß in Anwendung des § 15 Abs. 4 GmbHG. und im Hinblick auf die verwandten Grundsätze beigetreten werden, die hinsichtlich der Heilung des Formmangels mündlicher Nebenabreden beim Grundstückskauf (§ 313 BGB.) von der Rechtsprechung entwickelt worden sind. Im weiteren kann aber den Ausführungen des BerR. nicht gefolgt werden. Es erscheint vielmehr der Angriff des Klägers gerechtfertigt, daß eine Vereinbarung, wie sie hier vom BerR. festgestellt wird, als eine Vereinbarung gesellschaftlicher Art nach § 3 Abs. 2 GmbHG. nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden kann. Der § 3 Abs. 2 GmbHG. schreibt bei Vermeiden der Nichtigkeit vor, daß die Auferlegung anderer Verpflichtungen außer der Leistung von Kapitaleinlagen der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag dann bedarf, wenn diese Auferlegung als Auferlegung einer Gesellschaftspflicht zu verstehen ist. Diese soeben wiedergegebene Bestimmung des Abs. 2 des § 3 GmbHG. hatte allerdings auch die Möglichkeit einer Verbindung der Rübenbaupflicht und anderer wiederkehrender Verpflichtungen mit der Mitgliedschaft im Auge. Die gedachte Gesetzesstelle beschränkt sich aber, abweichend von § 8 des österreichischen Gesetzes über die Gesellschaft m. b. H. vom 6. März 1906, nicht auf wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen, sondern sie verlangt ganz allgemein die Aufnahme jeder Art von Verpflichtungen in den Gesellschaftsvertrag außer der Kapitaleinlage. Ein weiterer Unterschied ist nicht gemacht. Das Gesetz will im Interesse der Sicherheit der Gesellschaftsgläubiger und des Kredits, daß alle gesellschaftlichen Leistungen aus dem Gesellschaftsvertrag, der nach § 8 Nr. 1 GmbHG. der Anmeldung zur Eintragung zum Handelsregister beizufügen ist, hervorgehen und aus ihm zu ersehen sind. Der BerR. meint, hier treffe der Abs. 2 des § 3 GmbHG. nicht zu. Denn die festgestellte Vereinbarung sei eine Gründervereinbarung, durch die der Beklagten ohne eigene wirkliche Leistung die Möglichkeit von Betriebsmitteln gewährt werden sollte. Der Abs. 2 des § 3 GmbHG. sei dagegen nur für Vereinbarungen gegeben, welche die finanziellen und wirtschaftlichen Grundlagen für den Aufbau der Gesellschaft und die Sicherstellung dauernder Quellen zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes zum Gegenstand haben. Die Unterscheidung, die der BerR. hier machen will, hat im Gesetze keinen Anhalt; sie entspricht dem Zweck der Vorschrift nicht und würde sich praktisch nicht als durchführbar erweisen. Außerdem kann es nicht darauf ankommen, ob die Beklagte die Teile der Geschäftsanteile ohne Gegenleistung erhalten hat, wenn den Mitgliedern eine dahingehende gesellschaftliche Pflicht, wie sie der BerR. feststellt, auferlegt ist. Trotzdem unterliegt das BU. nicht der Aufhebung. Der Abs. 2 des § 3 GmbHG. ist nämlich nicht der einzige Weg, auf dem den Mitgliedern einer Gesellschaft m. b. H. Verpflichtungen zu Leistungen an die Gesellschaft erwachsen können. Es wurde für das Gebiet des Aktienrechts unter der Herrschaft des alten HGB., welches die Auferlegung wiederkehrender Leistungen auf die Aktionäre als eine Mitgliederpflicht nicht kannte, für statthaft erachtet, die Verpflichtung zu derartigen Leistungen den Aktionären durch selbständige außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehende Verträge aufzuerlegen. Diese Verträge konnten formlos geschlossen werden. Nicht anders verhält es sich, nachdem nun § 212 HGB. eine gesellschaftliche Verpflichtung der erwähnten Art anerkennt. Auch jetzt noch können die Aktionäre mit ihrer Gesellschaft außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehende Verträge abschließen (RG. 48, 105; JW. 03 S. 342[4] und 343[5]). Dasselbe was von den Aktiengesellschaften gilt, gilt hier aber auch von den Gesellschaften m. b. H. Auch hier können die Gesellschaftsmitglieder mit ihrer Gesellschaft und unter sich selbständige, formlos gültige Verträge schließen, wenn in diesen Verträgen nicht eine gesellschaftliche Bestimmung getroffen werden will. Durch § 3 Abs. 2 GmbHG. wollte diese Möglichkeit nicht abgeschnitten werden. Wie sich aus der Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes betr. die Gesellschaften m. b. H. vom 11. Februar 1892, Reichstagsdrucksachen 8. LP. I. Sess. 1890/92 S. 26, ergibt, will der Abs. 2 des § 3 GmbHG. das obenerwähnte, von der Rechtsprechung des RG. für Aktiengesellschaften gefundene Auskunftsmittel, die Rechtsgültigkeit solchen Verträgen zu sichern, nicht beseitigen, sondern eine weitere Erleichterung schaffen. Auf diesen Standpunkt hat sich der erkennende Senat bereits in RG. 79, 335 f. gestellt. Hieraus folgt, daß die Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils dann nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden mußte, wenn diese Verpflichtung nach dem Willen der Beteiligten nicht als eine mit der Mitgliedschaft verbundene Pflicht gemeint war. An dem Vorhandensein dieses Willens kann kein Zweifel bestehen, denn der BerR. sagt an einer Stelle ausdrücklich, daß das, was die Gründer (zu denen der Kläger gehörte) vor der Gründung der Beklagten vereinbart haben, nicht die Festsetzung von Verpflichtungen der Gesellschafter als solcher gegen die Gesellschaft im Sinne des § 3 Abs. 2 GmbHG. war. Aber auch abgesehen von dieser Stelle des BU. wäre der erkennende Senat in der Lage, den Willen der Beteiligten in obigem Sinne selbständig festzustellen, da sämtliche dazu erforderlichen Tatsachen einwandfrei festgestellt und daraus nur die rechtlichen Folgerungen zu ziehen sind, wenn, wie hier, das Nebenleistungsverhältnis den Erfordernissen eines bestimmten selbständigen Rechtsgeschäfts genügt. Nun war die

Abtretungspflicht zu einer Zeit vereinbart, als die Beklagte noch nicht bestand. Die damals getroffene Vereinbarung stellt sich, wie der BerR. zutreffend erwägt, als eine unter den Gründern zugunsten eines Dritten, d. h. zugunsten der damals in der Entstehung begriffenen Beklagten nach Art. 1121 code civil dar. Dieses zu ihren Gunsten erteilte Abtretungsversprechen hat die Beklagte unstreitig angenommen. Hiermit ist die Rechtswirksamkeit der mehrerwähnten Vereinbarung der Gründer dargetan. Hieraus ergibt sich, daß dem Kläger kein Anspruch auf die von der Beklagten eingezogenen 17 600 ℳ zusteht. Hat der Kläger auf diese 17 600 ℳ keinen Anspruch, so hat er seine Einlage noch nicht bezahlt, und kann von der Beklagten die eingeklagte Summe nicht verlangen. Aus diesen Gründen ist die Revision zurückzuweisen. C. c. Tr. J.-G., U. v. 15. April 13, 638/12 II. — Cöln. [S.]

**14.** § 15 GmbHG. Anwendungsgebiet dieser Gesetzesstelle.]

Der Ziegeleibesitzer Fritz S. in B. war Gesellschafter der „Steintransport Brandenburg G. m. b. H." mit 6000 ℳ Stammeinlage. Am 13. Januar 1911 trat er an die Beklagte ab 1. die Ansprüche, die ihm gegen die bezeichnete Gesellschaft m. b. H. auf Rückzahlung seines Gesellschaftsguthabens für den Fall der Kündigung oder Auflösung zustehen, 2. die Ansprüche auf Auszahlung der jährlichen Dividende. S. ist verstorben, über seinen Nachlaß ist Konkurs eröffnet, der Kläger ist zum Konkursverwalter bestellt. Die Beklagte meldete zum Konkurse Wechselforderungen an und erklärte dabei, daß ihr für ihre Forderung als Pfand hafte „das Guthaben an den 6000 ℳ, die dem Gemeinschuldner als Gesellschafter der Steintransport Brandenburg G. m. b. H. zustehe". Demgemäß lautet auch die Eintragung in der Tabelle. Der Kläger hält die Abtretung, weil der gesetzlichen Form ermangelnd, für unwirksam und sich für berechtigt, über die Anteile mit allen sich aus ihnen ergebenden Rechten zugunsten der Konkursmasse zu verfügen. Das BG. hat dahin erkannt: 1. daß das freie Verfügungsrecht über die Ansprüche auf Dividende und Auseinandersetzungsguthaben bezüglich der 6000 ℳ Geschäftsanteile des S. der Beklagten zusteht, 2. daß der Kläger nicht berechtigt ist, die Dividenden und das Auseinandersetzungsguthaben zur Konkursmasse zu ziehen. Die Revision blieb ohne Erfolg. Aus den Gründen des RG.: Als Ausnahme von der regelmäßigen Formfreiheit der Verträge ist die Formvorschrift des § 15 a. a. O. auf ihr durch Wortlaut, Grund und Zweck begrenztes Anwendungsgebiet zu beschränken. Das Erfordernis des gerichtlichen oder notariellen Vertrages gilt, wie es in der Begründung des Entwurfs zu § 15 heißt, nur für die Abtretung des Geschäftsanteils als solchen; es bezieht sich dagegen nicht auf die Abtretung einzelner durch den Geschäftsanteil begründeter Forderungen, insbesondere des Anspruchs auf den Geschäftsgewinn. In der letzteren Beziehung besteht kein Bedürfnis für Anordnung einer erschwerten Übertragungsform. Der Geschäftsanteil bezeichnet die durch Übernahme der Stammeinlage begründete Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, die hierdurch begründete Rechtsstellung des Gesellschafters und den hierauf beruhenden Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten. In der Gesellschaft m. b. H., welche eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der Aktiengesellschaft einnimmt und hauptsächlich für Unternehmen einer beschränkten Anzahl von Gesellschaftern mit dauernder Beteiligung geschaffen ist, überwiegt das persönliche auf Vertrauen der Gesellschafter beruhende Verhältnis. Dies zu erhalten, ist die Zweckbestimmung der Formvorschrift des § 15, durch die verhütet werden soll, daß die Geschäftsanteile Gegenstand des spekulativen Handels werden. In dem Komplexe der mit dem Geschäftsanteile verknüpften Rechte gibt es eine Anzahl von solchen Rechten, die auf dem persönlichen Verhältnisse der Gesellschafter beruhen, in einer Betätigung der Mitgliedschaft bestehen und für das Leben und Gedeihen der Gesellschaft von Wichtigkeit sind. Es sind dies, wie vom BG. zutreffend hervorgehoben ist, die in den §§ 45 bis 51 GmbHG. vorgesehenen Mitgliedschafts- oder Verwaltungsrechte, die mit der Eigenschaft des Gesellschafters unzertrennlich zusammenhängen. Daneben gibt es Vermögensrechte, die zwar aus dem Gesellschaftsverhältnisse entspringen, aber ihrer Natur und Zweckbestimmung nach nicht dauernd an die Mitgliedschaft geknüpft sind und deren Fortbestand nicht voraussetzen. Rechte dieser Art sind die Ansprüche auf Gewinnanteil und auf das Auseinandersetzungsguthaben, die denn auch in § 717 BGB. als Ausnahmen von der grundsätzlichen Unübertragbarkeit der den Gesellschaftern gegeneinander zustehenden Ansprüche gleichmäßig angeführt sind. Der Gewinn ist zur Auskehrung an die Gesellschafter bestimmt. Die Gesellschaft hat kein Interesse daran, ob er zunächst dem Gesellschafter oder unmittelbar einem Zessionar des Gesellschafters zufließt. Auch nach der Auszahlung des Gewinns bleibt der Gesellschafter nach wie vor Gesellschafter mit allen Mitgliedschaftsrechten. Das Auseinandersetzungsguthaben kommt erst nach Auflösung der Gesellschaft zur Verteilung. Für eine fernere Betätigung der Mitgliedschaft bleibt kein Raum. Deshalb ist auch in diesem Falle kein Grund für eine erschwerte Übertragungsform vorhanden. Dieser Entscheidung steht das von dem Revisionskläger bezogene Urteil des I. ZS. vom 11. Mai 1907, Rep. I 483/06, nicht entgegen. Denn in dem vom I. ZS. entschiedenen Falle handelte es sich nicht bloß um Übertragung einzelner Rechte, sondern gemäß Vertrag und Begründung des Urteils um Übertragung des Geschäftsanteils. Sch. Konk. c. C. V. A.-G., U. v. 18. April 13, 659/12 II. — Berlin. [K.]

Börsengesetz.

**15.** Zu § 57 BörsG.]

Der Beklagte, der nicht zu den in § 53 BörsG. genannten Personen gehört, hat in den Jahren 1895 bis 1908 ununterbrochen durch Vermittlung der Klägerin an der Börse spekuliert, vielfach in deutschen Industriepapieren und amerikanischen Eisenbahnaktien, mit einem sehr erheblichen Umsatze aber auch in südafrikanischen Minenwerten. Klägerin hatte ihm eine laufende Rechnung eröffnet, deren Saldo Beklagter halbjährlich prüfte und anerkannte. Auf den 30. Juni 1908 hatte sich ein Saldo zu Lasten des Beklagten in Höhe von 274 115 ℳ ergeben. Mit Schreiben vom 26. Juli 1908 erklärte Beklagter, ihn geprüft und für richtig befunden zu haben. Sehr bald darauf ergaben sich Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien und am 26. August 1908 kündigte Klägerin die Geschäftsverbindung, die nunmehrige Schuld des Beklagten berechnend auf 270 990 ℳ, deren Zahlung bis 30. September 1908 unter Verkaufsandrohung sie forderte. Beklagter lehnte die Zahlung ab. Auf den 30. September 1908 führte die

Klägerin nunmehr einen schon im März 1907 für Ende April 1907 erteilten, seitdem aber auf des Beklagten Wunsch immer wieder geschobenen Auftrag zum Ankauf von 500 Goldfield- und 500 Eastrandshares noch aus, sie belastete Beklagten dafür mit dem Kaufpreise von 90 007,80 ℳ, und es ergab sich für Beklagten, bei Gutschrift von 2787,70 ℳ an Gewinnanteilscheinen, 8,50 ℳ Zinsen, Belastung aber mit 40 ℔ Spesen der Bank, eine Schuld von 358 202,00 ℳ per 30. September 1908. Als Beklagter Anerkennung und Zahlung weiter ablehnte, gab Klägerin Auftrag zum Verkauf der Werte, die sie für Beklagten in Händen hatte. Diese ergaben einen Reinerlös von 326 468,35 ℳ, die sie dem Beklagten gutschrieb, während sie ihn noch mit 746,85 ℳ für Zinsen und Porti belastete. Den verbleibenden Saldo von 32 480,50 ℳ klagte sie gegen Beklagten ein. Beklagter erhob den Börsentermineinwand, beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Zahlung von 284 261,10 ℳ. Klägerin hatte im Hinblick auf die Rechtsprechung des RG. bei einer Mischung von klagbaren und klaglosen Geschäften im Kontokorrent — s. u. a. RG. 59, 193 — selbst eine Aufstellung darüber beigebracht, welcher Teil des Saldos per 30. Juni 1908 auf die eine Klasse und welcher Teil auf die andere Klasse von Geschäften zu rechnen sei. Dabei ergab sich ein Betrag von 273 709,09 ℳ als auf klaglose und ein solcher von 405,91 ℳ als auf klagbare Geschäfte entfallend. Diese sog. Spaltungsrechnung erkannte Beklagter als rechnerisch richtig an. Das LG. sprach durch Urteil vom 19. Dezember 1910 der Klägerin jene 405,91 ℳ, zuzüglich 5,90 ℳ Bankzinsen, zusammen 411,81 ℳ zu, wies aber im übrigen die Klage ab und tat das gleiche hinsichtlich der Widerklage. Beklagter legte Berufung ein und verlangte Abweisung der Klage auch zur Höhe von 411,81 ℳ, Verurteilung der Klägerin aber zur Zahlung von 284 261,10 ℳ. Klägerin schloß sich der Berufung an und begehrte volle Verurteilung des Beklagten nach dem Klagantrage. Das OLG. hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, auf die Anschlußberufung der Klägerin aber den Beklagten statt in 411,81 ℳ in die ganze Klagsumme von 32 480,50 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen seit 8. Oktober 1908 verurteilt. Die Revision des Beklagten blieb erfolglos: Gegenstand der Klage sind die 32 480,50 ℳ, die sich nach der ziffermäßig nicht bemängelten Rechnung der Klägerin als deren Guthaben herausstellten, nachdem sie die in ihren Händen befindlichen Werte zur teilweisen Deckung der Schuld des Beklagten per 30. September 1908, groß 358 202 ℳ, in den ersten Tagen des Oktober 1908 veräußert hatte. Der Saldo von 358 202 ℳ per 30. September 1908 beruhte auf demjenigen per 26. August 1908 in Höhe von 270 990 ℳ und dieser wiederum auf dem vom 30. Juni desselben Jahres, groß 274 115 ℳ, den der Beklagte am 26. Juli 1908 schriftlich als richtig anerkannt hatte. Mit Recht setzt daher die rechtliche Prüfung des gesamten Abrechnungsverhältnisses durch den BerR. bei diesem Saldo zu Lasten des Beklagten per 30. Juni 1908 in Höhe von 274 115 ℳ ein. Der Differenzeinwand ist nicht mehr erhoben; er war im angefochtenen Urteil mit zutreffenden Gründen zurückgewiesen. Geltendgemacht ist, es habe sich bei einem großen Teil der zwischen den Parteien geschlossenen Geschäfte um unklagbare Börsentermingeschäfte gehandelt. Hierüber besteht kein Streit, aber auch darüber nicht, daß neben den klaglosen Geschäften klagbare geschlossen wurden und auch ihr Ergebnis in dem Saldo von 274 115 ℳ per 30. Juni 1908 enthalten war. Der BerR. hat, der Rechtsprechung des RG. folgend, s. u. a. RG. 59, 193, geprüft, welcher Teil des Saldos auf die eine, welcher Teil auf die andere Art von Geschäften entfalle, und dabei mit dem ersten Richter für erwiesen erachtet, daß sich für die klaglosen Geschäfte die Summe von 273 709,09 ℳ ergebe, für die klagbaren der Rest von 405,91 ℳ. Danach war die erste und unter Umständen einzige Frage die, ob jene an sich unklagbare Schuld des Beklagten von 273 709,09 ℳ dadurch zu einer klagbaren geworden war, daß sich die Voraussetzungen des § 57 neuen BörsG. erfüllt hatten. Der Prüfung dieser Frage hat sich in eingehender Weise auch der BerR. unterzogen, und er ist dabei jedenfalls zu einem richtigen Ergebnis gelangt. Nach § 57 BörsG. gilt ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft als von Anfang an verbindlich, wenn der eine Teil bei oder nach dem Eintritte der Fälligkeit sich dem andern Teil gegenüber mit der Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung an ihn bewirkt hat. Diese Bestimmung ist erst am 1. Juni 1908 in Kraft getreten, während fast sämtliche Geschäfte, auf deren Ergebnis sich der Saldo per 30. Juni 1908 aufbaut, in der Zeit vor dem 1. Juni 1908 geschlossen wurden. Das neue Gesetz legte sich aber für seine Vorschriften über die Folgen einer Bewirkung der vereinbarten Leistung rückwirkende Kraft bei, sofern das Einverständnis vom Vertragsgegner des Leistenden nach dem Inkrafttreten des Gesetzes abgegeben war; Art. V des Gesetzes betr. Änderung des BörsG. vom 8. Mai 1908, RGBl. S. 193. In an sich einwandfreier Anwendung dieser Gesetzesbestimmung geht der BerR. auf die vertragsmäßige Aufrechnung zurück, die in der Rechnungsaufstellung der Klägerin per 30. Juni 1908, verbunden mit der Anerkennung ihres Saldos durch den Beklagten, zu finden sei; er erwägt, daß danach Beklagter seine Gesamtschuld aus unklagbaren Börsentermingeschäften, die nahezu 6 Millionen Mark betrug, bis auf einen Rest von 273 709,09 ℳ bezahlt gehabt, also insoweit die vereinbarte Leistung unter dem in Erteilung der Abrechnung vom 30. Juni 1908 liegenden Einverständnis der Klägerin bewirkt habe, und legt sich dann die allein noch verbleibende Frage vor, ob die Leistung des Beklagten bis auf jenen Rest, d. h. bis auf nur 4,62 Prozent der ganzen Schuld, der Vollleistung im Sinne des § 57 BörsG. gleich zu achten sei, was er bejaht. Es soll nicht gesagt werden, daß dieser Weg ungangbar gewesen sei. (Wird eingehend erwogen.) Nun kann im vorliegenden Falle aber diese ganze Streitfrage auf sich beruhen, weil auf einem andern Wege, als dem vom BerR. eingeschlagenen, ohne jedes Bedenken zu demselben Ergebnisse zu gelangen ist. Der BerR. erachtet den § 57 für anwendbar aus dem Gesichtspunkte der von der Bank entgegengenommenen Leistung des Spekulanten, es ist aber nicht einzusehen, warum nicht die Leistung der Bank in den Vordergrund zu stellen wäre, die Beklagter seinerseits gebilligt hat. Hat die Bank ihrerseits die vereinbarte Leistung bewirkt, so kann nicht zweifelhaft sein, daß Beklagter sich durch Anerkennung des Saldos vom 30. Juni 1908 am 26. Juli desselben Jahres mit der Leistung einverstanden erklärt hat. Denn Beklagter erkannte aus den Ab-

rechnungen, was Klägerin geleistet hatte, und wenn Beklagter auch nur die letzte Abrechnung nach Prüfung billigte, so genehmigte er die gesamten bisherigen Erfüllungshandlungen der Klägerin. Die Anerkennung des Saldos schloß die Einverständniserklärung des § 57 BörsG. mindestens stillschweigend in sich, vgl. dazu RG. 76, 81. Diese Erklärung war nach Inkrafttreten des neuen BörsG. abgegeben, erfüllte also die Voraussetzungen des Art. V des Gesetzes vom 8. Mai 1908, sie war auch, wie § 57 erfordert, bei oder nach Eintritt der Fälligkeit abgegeben; darauf aber, wann Klägerin geleistet hatte, kam es überhaupt nicht an. Klägerin aber hat geleistet, und zwar alles, was vereinbart war. (Wird im einzelnen ausgeführt.) Damit erweist sich, wenn auch auf einem etwas anderen Wege, die Annahme des BG. als richtig, daß gemäß § 57 BörsG. eine Heilung der bisherigen klaglosen Börsentermingeschäfte mit Anerkennung des Saldos per 30. Juni 1908 abseiten des Beklagten eingetreten war. Diese Heilung ergriff die gesamten bisherigen Geschäfte. Die Unterscheidung der Revision zwischen „glattgestellten", d. h. durch Gegengeschäft erledigten Geschäften und anderen findet im Gesetze keine Stütze. Das Kontokorrent umfaßte die gesamte Geschäftsverbindung der Parteien von 1893 an, der Saldo per 30. Juni 1908 bildete vom ganzen das Ergebnis. Die Einverständniserklärung ergriff daher alle Geschäfte und nicht bloß einzelne. Auch auf Art und Zweck des Geschäfts kam es nicht an; § 57 schützt die Kapitalanlage wie die Spekulation. Wer die vereinbarte Leistung des andern als Erfüllung annimmt, soll eben deshalb auch seinerseits erfüllen müssen; hat er bis zu diesem Augenblick von der Möglichkeit, sich vom Geschäfte loszusagen, keinen Gebrauch gemacht, so soll er es, das erfordert die Rücksicht auf die Solidität im Verkehr, auch fernerhin nicht tun dürfen. Tut er es dennoch, so hält ihm das Gesetz entgegen, er habe sich nicht leisten lassen dürfen, ohne selbst zur Leistung bereit zu sein. Das ist einer seiner Grundgedanken. Und gerade deshalb ist es im vorliegenden Falle auch natürlicher, den Beklagten darauf zu verweisen, daß er seinerseits sich mit der Erfüllung der Klägerin einverstanden erklärt habe, als mit dem BerR. darauf, daß er zu 95,32 Prozent gezahlt und Klägerin ihrerseits diese Zahlung entgegengenommen habe. Sch. c. Pf. B., U. v. 22. April 13, 589/12 II. — Karlsruhe. [K.]

Zivilprozeßordnung.

**16.** §§ 72, 256 ZPO. Enthält die Streitverkündung ein Sichberühmen mit einem Anspruch?]

Der klagende Notar hat am 12. Mai 1911 einen Vertrag zwischen dem Beklagten und einer Frau W. beurkundet, in dem diese dem Beklagten für ein ihr zu gewährendes Darlehen ihr Warenlager, Geschäftsinventar und Mobiliar verpfändete. Die Frau W. ist demnächst in Konkurs verfallen, der Konkursverwalter hat die dem Beklagten nach dem Vertrage vom 12. Mai 1911 verpfändeten Sachen verkauft und der Beklagte hat das Absonderungsrecht an dem Erlöse dieser Sachen beansprucht und auf dessen Zahlung geklagt. Er hat dem Kläger den Streit verkündet, weil er den Kläger verantwortlich zu machen beabsichtige, falls er, der Beklagte, mit seiner Klage gegen den Konkursverwalter nicht durchdringen sollte, weil der Vertrag seine Rechte nicht hinreichend gewährleiste. Der Kläger forderte darauf den Beklagten auf, diese Streitverkündung zurückzunehmen, weil der notarielle Vertrag an sich vom Konkursverwalter gar nicht angefochten worden sei, und hat, da Beklagter dies nicht tat, die Klage auf Feststellung erhoben, daß dem Beklagten ein Anspruch auf Grund des notariellen Vertrages vom 12. Mai 1911 gegen ihn, den Kläger, nicht zustehe. Das BG. erachtet die prozessualen Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht für gegeben. Zwar liege in der Streitverkündung an sich ein bedingtes Sichberühmen eines Anspruchs, aber es sei nicht ihr Zweck, dem Dritten mit einem Anspruch zu drohen oder auch nur eines solchen sich zu berühmen; die Voraussetzungen der negativen Feststellungsklage lägen danach nur rein äußerlich, nicht ihrem Wesen nach, vor. Auch würde die Zulassung dieser Feststellungsklage aus Anlaß einer Streitverkündung den Zweck, den der Gesetzgeber mit der Einrichtung der Streitverkündung verbunden habe, regelmäßig vereiteln und den Streitverkünder zwingen, in zwei gleichzeitig anhängigen Prozessen in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung einen entgegengesetzten Standpunkt einzunehmen. Die Revision greift die Begründung des BU. als widerspruchsvoll und gegen §§ 72, 256 ZPO. verstoßend an. Sie führt aus, daß das Gesetz demjenigen, in dessen Rechtsfrieden durch eine Streitverkündung eingegriffen werde, keineswegs das Recht entziehe, sich hiergegen durch Erhebung der negativen Feststellungsklage zu wehren. Das Rechtsinstitut der Streitverkündung werde dadurch, daß die Partei gezwungen werde, einen vorsichtigen Gebrauch davon zu machen, nicht beseitigt oder gefährdet. Auch träten die vom BG. hervorgehobenen prozessualen Schwierigkeiten nicht ein, wenn die Partei bei der Wahrheit bliebe. Die Revision ist nicht begründet. Zunächst kann nicht anerkannt werden, daß die Streitverkündung an sich und im allgemeinen einen solchen Eingriff in den Rechtsfrieden des Dritten enthalte, daß dieser ein rechtliches Interesse daran hätte, daß das Bestehen oder Nichtbestehen des ihm eventuell angekündigten Anspruchs alsbald, noch vor Beendigung des schwebenden Hauptprozesses, festgestellt werde. Die Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges eines Rechtsstreits einem Dritten den Streit verkündet, weil sie für diesen Fall einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen ihn erheben zu können glaubt, berühmt sich nicht dieses Anspruchs; sie behauptet zunächst noch nicht bestimmt, daß ihr wirklich ein Anspruch gegen den Dritten zustehe. Sie erklärt vielmehr dem Dritten nur, daß sie diesen Anspruch erheben würde, wenn sie im Hauptprozesse unterliegt, also in einem Falle, dessen Eintritt sie zu verhindern strebt; und sie tut dies, damit der Dritte auch seinerseits Gelegenheit habe, dafür einzutreten, daß der Streitverkündende im Hauptprozesse obsiege und damit der Anlaß zur Inanspruchnahme des Dritten beseitigt werde. Regelmäßig betreibt eine Partei — und insbesondere der klagende Teil —, einen Rechtsstreit in der Hoffnung und Erwartung eines ihr günstigen Ausganges; die Streitverkündung kündigt also die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Dritten nur unter einer Bedingung an, von der die Partei selbst hofft und erwartet, daß sie nicht eintreten werde. Eine ernstliche Beunruhigung des Dritten liegt hierin im allgemeinen noch nicht, diese tritt vielmehr erst ein mit einer Beendigung des Hauptprozesses zuungunsten des Streitverkündenden. Solange dieser Prozeß noch schwebt, würde das Interesse des Dritten an der

alsbaldigen Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Streitverkündenden einer ganz besonderen Begründung bedürfen, die im vorliegenden Falle nicht gegeben ist. Grundsätzlich aber muß die Feststellungsklage für unzulässig erachtet werden, wenn sie erhoben wird, um die Streitverkündung und deren gesetzliche Wirkungen zu verhindern, oder sie auch nur geeignet ist, einen solchen Erfolg herbeizuführen. Durch die Bestimmung der §§ 74, 68 ZPO. ist der Streitverkündung die Wirkung beigelegt, daß das im Hauptprozeß ergehende Urteil in bestimmten Grenzen auch für den Streit zwischen dem Streitverkündenden und dem Dritten eine bindende Kraft hat. Diese Bestimmungen erweitern die Rechtskraftwirkung des im Hauptprozeß ergehenden Urteils, um widersprechende Entscheidungen über dieselbe Tat- und Rechtsfrage zu vermeiden. Ihr Zweck darf durch eine schrankenlose Zulassung einer negativen Feststellungsklage des Dritten nicht vereitelt werden. Eine solche Vereitelung des Zweckes der Streitverkündung ist allerdings in den Fällen nicht zu besorgen, in denen von vornherein zweifelsfrei sich ergibt, daß dem Streitverkündenden ein Anspruch gegen den Dritten auch dann nicht zusteht, wenn er im Hauptprozeß unterliegt. In einem solchen Falle aber kommt eine Beunruhigung des Dritten durch die Streitverkündung, also ein Interesse an der alsbaldigen Feststellung schwerlich in Frage. Sobald aber die Frage der eventuellen Gewährleistungs- oder Schadensersatzpflicht des Dritten nicht zweifelsfrei ist, und deshalb also auch in dem Feststellungsprozesse über diejenigen Fragen verhandelt und vielleicht auch entschieden werden müßte, welche Gegenstand des Hauptprozesses sind, entsteht die Gefahr einer Vereitelung des Zweckes der Streitverkündung. Schon die gleichzeitige Verhandlung dieser Fragen muß für unstatthaft erachtet werden, weil sie den Streitverkündenden zwingen würde, einen entgegengesetzten Rechtsstandpunkt in den beiden Prozessen zu vertreten. In diese Lage käme der Streitverkündende auch dann, wenn er in der Angabe der Tatsachen vollständig bei der Wahrheit bleibt. Denn nicht um die Angabe der Tatsachen, sondern um die daraus zu ziehenden rechtlichen Folgerungen handelt es sich. Die Besorgnis, in eine solche Lage zu geraten, würde gerade eine Partei von streng rechtlicher Auffassung veranlassen können, von einer Streitverkündung auch da, wo sie durchaus berechtigt ist, abzusehen oder sie gar auf eine Drohung des Dritten mit der Erhebung der negativen Feststellungsklage zurückzunehmen. Vollends unzulässig aber würde es sein, in dem Feststellungsprozeß eine Entscheidung über diejenigen Fragen zu treffen, welche Gegenstand des schwebenden Hauptprozesses sind. Denn hierdurch würde die Möglichkeit eines Widerspruchs zweier Entscheidungen geschaffen, den die Bestimmungen der §§ 74, 68 verhindern sollten. Sobald sich ergäbe, daß die Entscheidung des Feststellungsprozesses von der über jene, im Hauptprozeß streitige Fragen abhängt, müßte das Gericht von der Aussetzungsbefugnis des § 148 ZPO. Gebrauch machen. Die Folge würde also sein, daß der Feststellungsanspruch erst nach Beendigung des Hauptprozesses zur Entscheidung käme, die vorzeitige Erhebung der Feststellungsklage sich also als zwecklos und auch aus diesem Grunde unstatthaft erwiese. J. c. G., U. v. 18. April 13, 555/12 III. — Berlin. [S.]

**17.** § 268 Ziff. 1 ZPO. Klageänderung. § 16 WarenzG.] Die Revision konnte keinen Erfolg haben. 1. Der BerR. hat seiner Entscheidung diejenige rechtliche Beurteilung zugrunde gelegt, welche vom RG. der Aufhebung des früheren BU. zugrunde gelegt worden ist. Es hat aber eine von den Klägerinnen in der erneuten Verhandlung vor dem BG. aufgestellte Behauptung wegen unzulässiger Klageänderung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision mit der Rüge einer Verletzung der §§ 527, 268 Ziff. 1 ZPO. in erster Linie. Die Rüge ist nicht begründet. Ausweislich der Klageschrift und des landgerichtlichen Urteils haben die Klägerinnen erstinstanzlich zur Stütze ihrer Klage lediglich geltend gemacht gehabt: Die Beklagte, eine Brauerei in Pankow bei Berlin, die — unter anderem — ein nach Art des echten Pilsener Bieres gebrautes Bier herstelle, habe für dieses Bier als Bezeichnung (außer anderen nicht mehr in Betracht kommenden Worten) die Worte „Engelhardt Berliner-Pilsener" gewählt und diese Bezeichnung beim Vertriebe des Bieres an Schildern, auf Etiketts, Preislisten usw. angebracht; damit habe sie eine unter dem Verbot des § 16 WarenzG., sowie des § 3 UnlWG. stehende falsche Herkunftsangabe gemacht, und zwar zum Zweck der Täuschung; daher sei ihre Klage aus § 16 WarenzG., §§ 1, 3 UnlWG., § 826 BGB. gerechtfertigt. Bei dieser Klagebegründung waren sie auch in der früheren Verhandlung vor dem BG. stehen geblieben. In der erneuten Verhandlung vor dem BG. haben die Klägerinnen auch geltend gemacht: Es sei die Angabe der Beklagten, ihr Bier sei nach Art des Pilsener Bieres gebraut, tatsächlich unrichtig; es sei nicht nach dieser Art gebraut; es sei nicht stark, sondern nur schwach gehopft (und die Art des gebrauchten Wassers sei eine ganz andere). Wie der BerR. mit Recht ausführt, ist das frühere Vorbringen der Klägerinnen dahin zu verstehen gewesen: Auch wenn das Bier der Beklagten dem Pilsener noch so ähnlich sei, dürfe sie die Bezeichnung „Engelhardt Berliner-Pilsener" nicht wählen. Es ist dem BerR. auch darin beizutreten, daß mit dem jetzigen Vorbringen der Klägerinnen, das Bier sei dem Pilsener nicht ähnlich und darum sei die Bezeichnung „Engelhardt Berliner-Pilsener" unrichtig, die Tatsachen, die den Klageanspruch begründen sollen, geändert sind. Sicher hätten die Klägerinnen die beiden Behauptungen, es sei mit der Bezeichnung, mit der die Beklagte ihr Bier versehe, eine unrichtige Angabe über den Ursprungsort und auch eine unrichtige Angabe über die Herstellungsart der Ware gemacht, in der Klage kumulieren können. Nachdem sie aber ihre Klage strenge auf die Behauptung einer falschen Herkunftsangabe beschränkt hatten, ist es ohne die nicht vorliegende Einwilligung der Beklagten nicht zulässig, nachdem diese Behauptung als unrichtig erwiesen ist, in II. Instanz an Stelle der früheren Behauptung die neue, einer abweichenden rechtlichen Beurteilung unterliegende Behauptung einer falschen Angabe über die Herstellungsart zu setzen (cf. RG. 60, 419). Es handelte sich dabei nicht um die Ergänzung oder Berichtigung der früheren Anführungen, sondern um die Einführung neuer Behauptungen; die Entstehungstatsachen des von den Klägerinnen erhobenen Anspruchs sind in dem einen Falle andere als in dem anderen. In dem einen Fall ist die Frage: Hat die Beklagte gesagt, ihr Bier stamme aus Pilsen,

stammt es aber nicht daher? — in dem anderen: Hat die Beklagte gesagt, ihr Bier sei nach Art des Pilsener Bieres gebraut, ist es aber nach der Art, die im Verkehr darunter verstanden wird, nicht gebraut? Daß in dem einen wie in dem anderen Falle dasselbe Gesetz (§ 3 UnlWG.) als verletzt erscheint, ist für die Frage, ob Klageänderung vorliegt oder nicht, belanglos. Den Klägerinnen würden, wenn sie jetzt mit dem streitigen Antrage abgewiesen werden, weil die Beklagte keine unrichtige Herkunftsangabe gemacht und mit einer solchen Angabe die §§ 3, 1 UnlWG., §§ 823, 826 BGB. nicht verletzt habe, die Einrede der Rechtskraft nicht entgegenstehen, wenn sie demnächst denselben Antrag mit der Begründung stellen: Die Beklagte mache die unrichtige Angabe, ihr Bier sei ein nach Pilsener Art hergestelltes Bier. 2. Die Revision bekämpft ferner als unrichtig einen in dem BU. enthaltenen Satz: Das Übereinkommen zwischen dem Reiche und Österreich-Ungarn über den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz vom 6. Dezember 1891 (RGBl. 1892 S. 289) könne nicht zu einer Auslegung der dann später in Deutschland erlassenen Gesetze dienen. Es kommt nicht darauf an, ob diesem Satz (sofern er überhaupt in einer solchen Allgemeinheit gemeint ist) beizustimmen ist oder nicht. In dem Übereinkommen (Art. 8) verpflichten sich die beiden vertragschließenden Teile, Bestimmungen zu treffen gegen das Versehen von Waren mit Ortsnamen behufs Bezeichnung des Ursprungs zum Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr. Völlig übereinstimmend mit der in diesem Übereinkommen übernommenen Verpflichtung bedroht § 16 WarenzG. vom 12. Mai 1894 denjenigen mit Strafe, der „Waren oder deren Verpackung usw. fälschlich . . . mit dem Namen — eines Ortes — zu dem Zwecke versieht, über Beschaffenheit und Wert der Waren, einen Irrtum zu erregen . . .," und die Begründung zu dem Entwurf des Gesetzes (zu § 15 des Enwurfs, § 16 des Ges.) hebt gleichfalls in klarster und bestimmtester Weise hervor, es solle mit der fraglichen Bestimmung ein gesetzlicher Schutz gegen fälschliche Ursprungsangaben eingeführt werden; es solle dem Versuch entgegengetreten werden, mit unrichtigen Ursprungsangaben, zum Nachteil anderer inländischer oder ausländischer Produktionsstellen, gewissen Waren ein unberechtigtes Ansehen zu schaffen; zur Erfüllung des Tatbestandes des § 15 (§ 16 des Ges.) genüge es, „wenn der Ortsname, sei es für sich allein, sei es mit einer anderen Angabe, z. B. mit einer Firma, dergestalt zu der Ware oder ihrer Verpackung in Beziehung gesetzt ist, daß die Meinung entstehen kann, als ob die Ware von dem bezeichneten Orte herrühre." An den in jenem Übereinkommen wie in dem Gesetz aufgestellten Erfordernissen ermangelt es im vorliegenden Falle, da nach den vom BerR. getroffenen Feststellungen mit der Bezeichnung „Engelhardt Berliner-Pilsener" deutlichst gesagt ist, daß es sich um ein in der Brauerei der Beklagten in Berlin (dem Vororte Berlin-Pankow), nicht um in Pilsen gebrautes Bier handelt, die Meinung, als ob das Bier aus Pilsen herrühre, daher gar nicht aufkommen kann. Daß übrigens das Bier in Pankow bei Berlin gebraut ist, ist in den Instanzen unstreitig und von den Klägerinnen selbst vorgetragen gewesen; Pankow gehört aber zu Groß-Berlin und wird daher als ein Teil desselben auch mit Berlin-Pankow bezeichnet. Wenn von der Revision darauf hingewiesen wird, daß der Beklagten rechtskräftig untersagt ist, die Bezeichnung „Engelhardt-Pilsener" zu gebrauchen, so übersieht sie, daß es sich hier darum handelt, daß die Beklagte jetzt (und zwar deutlich und unverkennbar) ihr Bier mit der Bezeichnung „Engelhardt Berliner-Pilsener" versehen hat. Unzutreffend ist die fernere Rüge der Klägerinnen, ihre Behauptung, daß die Beklagte in ihren Rechnungen und in ihren Wirtschaften ihr Bier (kurzweg) als „Pilsener" bezeichne, sei von dem BerR. in dem Zusammenhange, in dem sie aufgestellt sei, nämlich zur Begründung der unlauteren Wettbewerbsabsicht, nicht gewürdigt worden; die Ausführungen des BerR. ergeben direkt das Gegenteil; der BerR. hat nur auch daraus nicht auf irgendwelche unlautere Absicht der Beklagten bei der Bezeichnung mit „Engelhardt Berliner-Pilsener", die die Klägerinnen allein verboten wissen wollen, zu schließen vermocht. B. Br. u. Gen. c. E. N., U. v. 15. April 13, 606/12 II. — Berlin. [S.]

**18.** § 286 ZPO. Unzulässige Ablehnung eines Zeugenbeweises.]

In der I. Instanz war, wie das KG. dargelegt hat, folgender Sachverhalt unstreitig: Der Vater der Kläger, Ingenieur H., war im April 1910 von der Internationalen Immobilien-Verkaufs-Gesellschaft, deren Geschäftsführer der Beklagte war, als Vertreter angestellt worden unter der Bedingung, daß er fünf Geschäftsanteile der Gesellschaft erwerbe. Die Bedingung erfüllte H. in der Weise, daß er als gesetzlicher Vertreter der Kläger fünf Geschäftsanteile von dem Beklagten kaufte und mit 4800 ℳ aus dem Vermögen der Kläger bezahlte. Gleichzeitig verpflichtete sich der Beklagte durch Schreiben vom 12. April 1910, die Geschäftsanteile käuflich al pari zurückzuerwerben, sobald H. seinen Dienst bei der Gesellschaft aufgebe. Die Abtretung der Geschäftsanteile an H. als den gesetzlichen Vertreter der Kläger erfolgte in notarieller Verhandlung vom 26. September 1910. Nachdem H. aus dem Dienste der Gesellschaft ausgeschieden war, verlangte der für die Kläger aufgestellte Pfleger von dem Beklagten, der seine Stellung als Geschäftsführer aufgegeben hatte, die Vornahme des Rückkaufs der Geschäftsanteile. Da der Rückkauf nicht erfolgte — der Geschäftsführer soll die Genehmigung zur Veräußerung an den Beklagten verweigert haben —, wurde Klage erhoben. Auf Grund dieses Sachverhalts verurteilte das KG. den Beklagten unter Anwendung der §§ 812 fg. BGB. zur Zahlung des eingeklagten Betrags, indem es erwog, die Rückerwerbsverpflichtung sei nicht in der durch § 15 Abs. 4 GmbHG. vorgeschriebenen Form festgestellt, es sei aber die Abrede über die Rückkaufsverpflichtung ein so wesentlicher Teil des ganzen Abkommens, daß das ganze Rechtsgeschäft einschließlich der an die Kläger erfolgten Abtretung der Geschäftsanteile nichtig sei. In der Berufungsinstanz hatte jedoch der Beklagte sich zum Zeugenbeweise darüber erboten: H. habe bei seiner Anstellung eine Sicherheit in Höhe von 5000 ℳ leisten sollen; zu diesem Zwecke habe er Geschäftswechsel von zusammen 4800 ℳ der Gesellschaft giriert. Zu seiner eigenen Deckung habe H. verlangt, daß er 5000 ℳ Geschäftsanteile erhalte. Dem sei von der Gesellschaft in der Weise entsprochen worden, daß der Beklagte von seinen Geschäftsanteilen für 5000 ℳ abgetreten

habe, und zwar — auf Wunsch des H. — an die Kläger. Für die Abtretung der Geschäftsanteile sei von H. oder den Klägern nichts an den Beklagten gezahlt worden. Der Beklagte habe sich wegen des Gegenwerts mit der Gesellschaft auseinandergesetzt. Diesem Beweisantrag ist nicht stattgegeben worden. Zur Begründung der Ablehnung hat der BerR. ausgeführt, er sei überzeugt, daß die neue Sachdarstellung der Wahrheit nicht entspreche, daß vielmehr die in I. Instanz unbestritten gebliebene Sachdarstellung der Kläger richtig sei, weil sonst nicht zu verstehen wäre, weshalb der Beklagte nicht von vornherein die Behauptung der Kläger bestritten habe, und weil die jetzige Darstellung mit dem Inhalt der Urkunde vom 12. April 1910 nicht in Einklang zu bringen sei, auch die Abtretung der Geschäftsanteile an die Kläger gegen die jetzigen Behauptungen des Beklagten spreche. Die Erwägungen des BG. vermögen die Nichtvernehmung der Zeugen nicht zu rechtfertigen, wie die Revision mit Recht geltend macht. Für den Zeugenbeweis enthält die ZPO. keine dem § 446 entsprechende Vorschrift. Die Vernehmung von Zeugen kann nicht aus dem Grunde unterbleiben, weil das Gericht das Gegenteil von dem, was die Zeugen bekunden sollen, für wahr erachtet (vgl. JW. 12, 800[18]). W. c. H., U. v. 24. April 13, 644/12 IV. — Berlin. [K.]

**19.** § 304 ZPO. Wird ein Anspruch teils im Weg der Aufrechnung, teils im Weg der Widerklage geltend gemacht, so kann nach § 304 ZPO. nur dann verfahren werden, wenn feststeht, daß für die Widerklage noch etwas übrig bleibt.

Wie auch das BG. annimmt und der entscheidende Teil des landgerichtlichen Zwischenurteils erkennen läßt, hat das LG. ein Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO. erlassen wollen, was für die Frage der Zulässigkeit der Berufung maßgebend ist (RG. 6, 421; 58, 232). Ein Zwischenurteil im Sinne des § 304 ZPO. hätte jedoch gar nicht erlassen werden dürfen. Wird derselbe Anspruch teils aufrechnungsweise, teils im Wege der Widerklage, nämlich soweit er den zwecks Aufrechnung geltend gemachten Betrag übersteigt, geltend gemacht, so kann eine Vorabentscheidung über den Grund der Widerklage nur dann erfolgen, wenn feststeht, daß die Höhe der Gegenforderung die der Klagforderung übersteigt, daß also nach durchgeführter Aufrechnung für die Widerklage selbst noch etwas übrig bleibt; so auch Skonietzki und Gelpke, Kommentar zur ZPO. § 304 Anm. 1 und das RG. in einer großen Anzahl von Entscheidungen: JW. 88, 243[1]; SeuffA. 51, 226 = JW. 96, 32 (RG. 27. November 1895); RG. 49, 338 (12. April 1900); JW. 98, 387[9] = GruchotsBeitr. 42, 1190; JW. 01 S. 616[2] und 839[15]; Urteile vom 28. Oktober 1901, VI 143/01; vom 13. November 1903, III 206/03; vom 15. November 1907, II 234/07, und vom 9. November 1906, ElsLothZ. 32, 61; ferner Urteile des RG. vom 26. Oktober 1905 (DJZ. 11, 146); vom 23. Mai 1908 (JW. 08, 529[15], II 2/08); vom 28. März 1911, II 393/10; vom 8. Dezember 1908, VII 50/08 und vom 5. Januar 1912 III 90/11. Diese Voraussetzung trifft hier nicht zu. Durch das Einverständnis der Parteien steht nur fest, daß der Beklagten in Höhe von einer Mark ein Schaden erwachsen ist, dagegen nicht, daß der der Beklagten entstandene Schaden die Klagforderung um eine Mark übersteigt. Der erste Richter hat auch offenbar zur Höhe der Gegenforderung über den Betrag von einer Mark hinaus überhaupt nicht Stellung nehmen wollen; denn sonst würde er dies nicht nur in den Entscheidungsgründen des Zwischenurteils vom 2. Oktober 1911 zum Ausdruck gebracht haben, sondern es hätte auch gemäß § 302 ZPO. die Klage durch Teilurteil abgewiesen werden müssen. Da mithin ein Zwischenurteil im Sinne des § 304 ZPO. nicht erlassen werden durfte, konnte in eine materielle Prüfung, ob eine Schadensersatzforderung der Beklagten gegen den Kläger zusteht, nicht eingetreten werden. V. c. P.-W.- u. F., U. v. 9. April 13, 462/12 III. — Hamburg. [S.]

**20.** § 304 ZPO., § 831 BGB.

Die Revision beanstandet 1. unter Berufung auf § 304 ZPO., es hätte Vorabentscheidung über den Grund des Anspruchs nicht ergehen dürfen, weil dieser noch nicht zur Ziffer gebracht gewesen sei. Die Revision folgert hieraus, der Kläger habe weder zu erkennen gegeben, in welcher Höhe er seinen Schadensersatzanspruch geltend machen wolle, noch sei festgestellt, ob diese Höhe von den Beklagten bestritten werde. Die Rüge ist nicht begründet. Inhaltlich des vorgetragenen klägerischen Schriftsatzes vom 31. Oktober 1910 ist gegenüber den von der beklagten Seite erhobenen Bemängelungen des Klagantrags vorgetragen worden, der Kläger habe bis dahin täglich 3 ℳ Lohn und freie Wohnung erhalten, sei durch den Unfall einstweilen völlig erwerbsunfähig und gehe auf Krücken. Damit in Verbindung mit dem die Höhe des Schadensersatzes in das richterliche Ermessen stellenden Klagantrag ist dem § 304 ZPO. genügt: wie in der neueren Rechtsprechung des RG. schon wiederholt ausgesprochen worden ist (JW. 11, 459, VI 218/10; vgl. auch Warneyer 1909 Nr. 427 = SeuffA. 64 Nr. 158 u. a. m.), braucht der Schaden im Klagantrage nicht unbedingt beziffert zu sein. Es genügt, den Anspruch im Antrage zusammen mit den Angaben über seinen Gegenstand und Grund so bestimmt zu kennzeichnen, daß auf diesen tatsächlichen Unterlagen der Betrag durch richterliches Ermessen festgestellt werden kann. Dies trifft im vorliegenden Falle nach den wiedergegebenen klägerischen Angaben zu; die Feststellung der Dauer der Rente kann dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden (vgl. u. a. JW. 06, 710; 07, 366; 08, 109; Warneyer 09 Nr. 226; auch RG. 64, 33). Daß endlich die vorliegende Klage ihres nicht völlig bestimmten Antrags ungeachtet als Leistungsklage, nicht als Feststellungsklage (§§ 253, 256 ZPO.) angesehen worden ist, steht im Einklang mit den Ausführungen der Entscheidung der VerZS., RG. 21, 382 bes. 387 ff. Aber auch darüber, daß wie in § 304 vorausgesetzt, der erhobene Anspruch nicht nur dem Grunde, sondern auch dem Betrag nach streitig sei, kann kein begründeter Zweifel bestehen. Insbesondere setzt § 304 ZPO. nicht voraus, daß die Betragsziffer streitig sei: auch dann ist ein Betrag streitig, wenn er dem Beklagten gegenüber, der, wie hier geschehen, durch seinen Antrag auf Klagabweisung kundgibt, nichts zahlen zu wollen, erst richterlich festgesetzt werden soll (vgl. Warneyer 09 Nr. 427; JW. 11, 459 und die daselbst weiter angeführte Rechtsprechung; auch VI 218/10). 2. Gegenüber dem Beklagten W. erachtet das BG. den Entlastungsbeweis nach § 831 nicht für geführt. Die Revision bemängelt dies, weil B. sich fünf Monate hindurch unbeanstandet geführt habe; für die Annahme, der Verwalter R. habe den B. nur unzulänglich beobachtet, fehle es an der erforderlichen Begründung. Auch

diese Einwendungen sind nicht begründet. Das BG. stellt fest, daß B., ohne Zeugnisse zu besitzen, eingestellt worden ist, und daß W. selbst ihn überhaupt nicht überwacht hat. Daß ihn der Verwalter R. überwacht habe, hält das BG. für nicht überzeugend bewiesen, weil dieser, als Zeuge vernommen, nur bekundet habe, es sei ihm, so oft er den B. beobachtet habe, nichts aufgefallen. Wenn das BG. auf Grund dieser Einzelumstände und ihrer im übrigen prozeßgemäßen Würdigung zum Ergebnis kommt, „hiernach sei die Möglichkeit nicht ausgeräumt, daß W. den B. gewähren ließ, ohne sich seiner Tauglichkeit zu vergewissern", so liegen hier insgesamt tatsächliche Erwägungen vor, die auf ihre Berechtigung in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen sind. Ebenso läßt es keinen Rechtsirrtum erkennen, wenn das BG. bei der festgestellten Sachlage annimmt, W. hätte, zumal nachdem er B. ohne Zeugnisse angenommen hatte, ihn angemessen überwachen oder durch Dritte überwachen lassen müssen, und der Umstand allein, daß in fünf Monaten keine Beanstandung vorgekommen sei, könne ihn nicht entlasten, weil es auf einem Zufall beruhen konnte, daß keine Unfälle vorkamen: eine grundsätzliche Verkennung der an den Entlastungsbeweis des Dienstherrn nach § 831 zu stellenden Anforderungen tritt darin jedenfalls nicht zutage. W. u. Gen. c. K., U. v. 17. April 13, 58/13 VI. — Düsseldorf. [S.]

**21.** § 459 ZPO. Auferlegung des Eides in Wahrheits- oder in Überzeugungsform.]

Mit Recht beschwert sich die Revision darüber, daß zu V der Formel des angefochtenen Urteils der erste Eidessatz dem Beklagten in Wahrheitsform, statt nach § 459 Abs. 3 ZPO. in Überzeugungsform auferlegt worden sei. Bei Beantwortung der Frage, ob die in diesem Eidessatz enthaltene Tatsache in einer Handlung des Beklagten besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist (§ 459 Abs. 1) oder ob keiner dieser beiden Fälle vorliegt (§ 459 Abs. 3), ist davon auszugehen, was der Kläger, der diesen Eid dem Beklagten zugeschoben hat, in dieser Hinsicht behauptet hat. Der Inhalt des Eidessatzes selbst gibt hierüber keinen Aufschluß; er läßt nicht erkennen, ob nach Behauptung des Klägers die fraglichen Zahlungen vom Beklagten selbst oder von Alex C. — in Gegenwart oder in Abwesenheit des Beklagten — geleistet worden sind. Dagegen läßt das sonstige Vorbringen des Klägers, wie es im Tatbestand des angefochtenen Urteils in Übereinstimmung mit den Schriftsätzen des Klägers niedergelegt ist, insbesondere auch der zweite Satz der Eideszuschiebung, gegen dessen Auferlegung die Revision nichts einwendet, keinen Zweifel darüber, daß der Kläger nur behaupten wollte und behauptet hat, Alex C. habe die Zahlungen geleistet, und zwar ohne Wahrnehmung des Beklagten. Daß der Beklagte selbst die Zahlungen geleistet habe, ist nirgends gesagt; im Gegenteil wird stets Alex C. als Zahlender bezeichnet. Ebenso ist in keiner Weise angedeutet, daß der Beklagte bei den Zahlungen zugegen gewesen sei oder in sonstiger Weise den Vorgang wahrgenommen habe. Übrigens stehen auch die Aussagen der Zeugen Leopold C. und Alex C. mit diesem Vorbringen des Klägers in Einklang. Daß auch das BG. selbst das Vorbringen des Klägers in dem vorbezeichneten Sinne aufgestellt hat, ist aus seinen Entscheidungsgründen zu entnehmen. Hiernach durfte das BG. den ersten Eidessatz zu V seiner Urteilsformel dem Beklagten nur in Überzeugungsform gemäß § 459 Abs. 3 auferlegen. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Beklagte den Eid ohne Hinweis, daß er nur in Überzeugungsform schwören könne, angenommen hat; er hat damit nicht auf die Beobachtung des § 459 Abs. 3 verzichtet; überdies ist diese Vorschrift von Amts wegen zu beachten und unterliegt nicht der Verfügung der Parteien. L. c. F., U. v. 25. April 13, 30/13 II. — Berlin. [K.]

**22.** § 784 ZPO. Zwecklose Pfändung.]

Die Klägerin ist als einzige Erbin ihres Vaters 1911 unter Vorbehalt der Beschränkung auf den Nachlaß verurteilt worden, der Beklagten 5500 ℳ zu zahlen. Der Vater hatte am 9. Juli 1907 einen Vertrag geschlossen, worin er an einen L. als Treuhänder mehrerer Gläubiger — darunter der Beklagten wegen jener 5500 ℳ — zur allmählichen Abtragung ihrer Forderungen die Mieten seiner Grundstücke mit der Bestimmung abtrat, daß davon zunächst die Hypothekzinsen gezahlt werden müßten. Im August 1910 — der Vater war 1909 gestorben — wurde die Zwangsverwaltung, im Dezember 1910 die Zwangsversteigerung der Grundstücke eingeleitet und in dieser am 9. März 1911 der Klägerin der Zuschlag erteilt. Am 8. April 1911 wurde über den Nachlaß ihres Vaters der Konkurs eröffnet. Am 15. April 1911 erwirkte die Beklagte einen amtsgerichtlichen Beschluß, wodurch wegen der 5500 ℳ der Anspruch der Klägerin gegen die Mieter E. & D. und G. & Co. auf Zahlung laufender und rückständiger Miete gepfändet und der Beklagten zur Einziehung überwiesen wurde. Bis 1. Mai 1911 hatte der Zwangsverwalter die Mieten eingezogen, für die Zeit nach 1. Juli hat die Beklagte durch Schreiben vom 5. Mai erklärt, Rechte aus dem Pfändungsbeschlusse nicht geltend machen zu wollen. Es handelt sich also jetzt nur um die Mieten für Mai und Juni 1911. Die Klägerin begehrt, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt und die Pfändung der Mietansprüche aufgehoben werde, weil die Mietforderungen nicht zum Nachlasse, sondern zu ihrem Eigenvermögen gehörten. Das RG. hat, entgegen den Vorinstanzen, der Klage entsprochen. Ob die Mietansprüche für die Monate Mai und Juni als zu ihrem Eigenvermögen gehörig der Klägerin zustehen oder nicht, braucht nicht erörtert zu werden. Ist sie Gläubigerin, dann ist der Klageanspruch ohne weiteres nach § 784 ZPO. gerechtfertigt. Ist sie es nicht, dann ist die Pfändung gegenstandslos. Die Beklagte handelt widersinnig, wenn sie die Pfändung einer Forderung betreibt, von der sie selber behauptet, daß sie der Vollstreckungsschuldnerin nicht zustehe. In beiden Fällen ist die Zwangsvollstreckung unzulässig, der Antrag auf Aufhebung der Vollstreckungsmaßregel begründet. Die Vollstreckung soll zur Befriedigung eines Anspruchs aus dem Vermögen des Schuldners dienen. Dem Zweck und Wesen der Zwangsvollstreckung läuft es zuwider, wenn sie betrieben wird in Gegenstände, von denen der Gläubiger weiß und selbst behauptet, daß sie zum Schuldnervermögen nicht gehören, aus denen also die Befriedigung, wie dem Gläubiger bewußt ist, nie erzielt werden kann. Aus materiellrechtlichem Grunde muß einer derartigen Pfändung die Anerkennung versagt werden, ganz abgesehen davon, daß auch der Vollstreckungsschuldner ein Interesse hat, sich ihrer zu erwehren. A. c. R.-Bank, U. v. 29. April 13, 558/12 III. — Düsseldorf. [K.]

**23.** Zu § 767 ZPO. Nachträgliche Naturalleistung als Versuch zur Beseitigung des auf Geld gerichteten Judikats.]

Der BerR. hat ausgeführt, durch die rechtskräftige Entscheidung des Vorprozesses sei dem jetzigen Beklagten ein Geldanspruch zugesprochen, und es könne deshalb die nachträgliche Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, die Naturalleistung, niemals zu einer auch nur teilweisen Befriedigung des Beklagten führen. Der BerR. hat dabei noch auf die analogen Vorschriften der §§ 250, 283, 326 BGB. hingewiesen, die nach Ablauf der für die Naturalleistung gesetzten Frist die Naturalerfüllung endgültig ausschließen, dergestalt, daß keiner von beiden Teilen, solange nicht ein neuer bezüglicher Vertrag geschlossen wird, auf die Naturalleistung mehr zurückkommen kann (vgl. RG. 50 S. 255/63; 61 S. 87, 353). Die Revision hat demgegenüber geltend gemacht, die mit der Klage erhobene Einwendung des jetzigen Klägers sei nicht dahin zu verstehen, daß durch Naturalerfüllung Befriedigung des Klägers eingetreten sei, sondern dahin, daß eine Minderung des durch den Schätzungseid festgestellten, in den Vorinstanzen als dauernd aufgefaßten Schadens eingetreten sei, weil die Schadensursache, deren Beseitigung man für fernliegend erachtet habe, inzwischen bereits beseitigt worden sei. Dabei ist jedoch nicht beachtet, daß die Beseitigung der Schadensursache nichts anderes ist, als die nachträgliche Naturalerfüllung, und daß daher die Revision den Nachweis hätte führen müssen, daß der jetzige Beklagte verpflichtet war, sich die nachträgliche Naturalleistung gefallen zu lassen. Solange der Beklagte diese Naturalleistung als solche nicht angenommen hat, ist auch, so kann man einwenden, der jetzige Kläger daran nicht gebunden und demnach eine endgültige Beseitigung des Schadens nicht eingetreten. Doch konnte diese Frage dahingestellt bleiben, weil die Voraussetzungen des § 767 ZPO., worauf die Klage gestützt ist, überhaupt nicht vorliegen. Man kann, wie man auch die Sache wenden mag, nicht von einer neuen Einwendung sprechen, die erst nach dem Abschluß der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses ihrem Grunde nach entstanden ist. Die Einrede, daß der jetzige Beklagte zunächst nur Erfüllung oder Schadensersatz in der Form der Naturalleistung (§ 249 BGB.) verlangen könne und daß dadurch der Geldanspruch ausgeschlossen werde, ist in dem Vorprozesse geltend gemacht und in allen in diesem Prozesse ergangenen Urteilen erörtert worden. Man hat sie aber nicht berücksichtigt, weil sie nicht in der Weise, wie es die Rechtsprechung verlangt, begründet war. Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn der Verpflichtete durch eine vertragswidrige Verfügung über den Gegenstand der Leistung, z. B. durch Veräußerung der Sache, sich zur alsbaldigen Erfüllung außerstand gesetzt hat, eine die Erhebung des Geldanspruchs begründende Unmöglichkeit der Leistung (§ 251 BGB.) so lange anzunehmen, als der Belangte nicht seinerseits sich bereit erklärt, den die Erfüllung hindernden Umstand zu beseitigen, insbesondere den veräußerten Gegenstand zurückzuerwerben, und als er nicht dartut, daß er dazu imstande sei. (Vgl. RG. 31, 184; 47, 297/302; GruchotsBeitr. 35, 928; Urt. vom 16. März 1907, V 351/06 und vom 28. Nov. 1911, V 96/11 im ZBlFG. 12, 645.) Vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses aber hat es der jetzige Kläger unterlassen, sich zur Naturalleistung zu erbieten und Verhandlungen mit P. anzuknüpfen; er kann nicht dadurch, daß er diese seine eigenen Handlungen nachträglich vornimmt, sich die Möglichkeit eines neuen Prozesses und einen neuen Klagegrund für diesen Prozeß verschaffen. (Vgl. RG. 64, 228; JW. 13, 103[18].) H. c. K., U. v. 30. April 13, 524/12 V. — Stettin. [K.]

Konkursordnung.

**24.** Verfolgbarkeit von Ansprüchen gegen den Gemeinschuldner im Nachlaßkonkurs.]

Die Beklagte M. ist alleinige Erbin des am 12. April 1910 verstorbenen Rentners Peter R. Zum Nachlasse ist das Nachlaßkonkursverfahren eröffnet worden, das zurzeit noch nicht aufgehoben worden ist. Klägerin hatte im Konkurse eine Forderung angemeldet, die vom Konkursverwalter bestritten wurde und deren Feststellung von ihr nicht betrieben worden ist. Bei der Schlußverteilung vom 28. Dezember 1911 stellte sich heraus, daß nach Befriedigung aller festgestellter Forderungen noch ein Überschuß in den Händen des Konkursverwalters verblieben ist. Mit Rücksicht hierauf verlangt die Klägerin V. von der Beklagten M. deren Einwilligung zur Auszahlung des Überschusses bis zum Belaufe ihrer Forderung durch den Konkursverwalter, hilfsweise Duldung der Zwangsvollstreckung in den Konkursüberschuß, äußerstenfalls ihre Verurteilung zur Zahlung. Beide Vorderrichter, das LG. Stade und das OLG. Celle, haben die Klage nach dem Antrage der Beklagten abgewiesen. — Der BerR. teilt die auch vom RG. (RG. 29, 73) gebilligte Meinung, daß ein Gläubiger regelmäßig nicht daran gehindert ist, seinen vermögensrechtlichen Anspruch gegen den Gemeinschuldner persönlich, unter Verzicht auf Befriedigung aus der Konkursmasse, auch außerhalb des Konkursverfahrens im gewöhnlichen Klagewege zu verfolgen, wenn er sich dabei der Beschränkung unterwirft, daß der Schuldner erst nach Beendigung des Konkursverfahrens zu leisten verpflichtet sei. Er erachtet jedoch ein derartiges Vorgehen nicht für statthaft, wenn es sich um einen Nachlaßgläubiger handelt und wenn zum Nachlasse des Schuldners der Nachlaßkonkurs eröffnet ist. In einem solchen Falle sei der Gläubigeranspruch untrennbar mit der Masse verknüpft, er sei in der Person des Gemeinschuldners nicht entstanden und ergreife — von dem hier nicht vorliegenden Falle der unbeschränkten Erbenhaftung abgesehen — sein eigenes Vermögen überhaupt nicht. Gebe deshalb der Nachlaßgläubiger den Anspruch gegen den Nachlaß auf, so bleibe ihm überhaupt kein Anspruch, den er gegen den Erben und Gemeinschuldner verfolgen könnte. Dem Nachlaßgläubiger müsse vielmehr in entsprechender Anwendung des § 1984 BGB. während der Dauer des Nachlaßkonkursverfahrens versagt bleiben, gegen den Erben irgendeine Klage zu erheben. Allein selbst von seinem eigenen Standpunkt aus geht der BerR. zu weit, indem er dem Nachlaßgläubiger das Klagerecht unter allen Umständen, insbesondere auch dann versagen will, wenn unter den Voraussetzungen des § 256 ZPO. nur Feststellung oder gemäß § 259 nur die Verurteilung zu einer künftigen Leistung verlangt wird. In diesen beiden Fällen ist außer dem Bestehen der Nachlaßverbindlichkeit noch ein besonderer Tatbestand vorausgesetzt, der entweder das Feststellungsinteresse des Klägers, oder seine Besorgnis rechtfertigt, daß sich der Schuldner und Erbe der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Der Erbe ist nach §§ 1989, 1973 Abs. 2 BGB. verpflichtet, den verbliebenen Konkursüberschuß nach Beendigung

des Konkurses den Nachlaßgläubigern zum Zwecke der Befriedigung herauszugeben. Trifft er schon vorher Anstalten, sich dieser seiner Verpflichtung zu entziehen, so wäre der Nachlaßgläubiger, dem durch § 14 KO. während der Dauer des Konkursverfahrens auch Arrestmaßregeln verwehrt sind, dem böswilligen Erben gegenüber schutzlos, wenn ihm nicht schon vor Beendigung des Nachlaßkonkurses die Klagerhebung aus § 259 ZPO. zustände. Dem BerR. kann aber von vornherein nicht beigetreten werden, wenn er bezüglich der Verfolgbarkeit von Ansprüchen gegen den Gemeinschuldner zwischen dem Nachlaßkonkurs und dem gewöhnlichen Konkursverfahren unterscheidet. Im Streitfalle steht fest, daß der Kläger infolge Versäumung der Ausschlußfrist (§ 152 KO.) von der Berücksichtigung bei der Schlußverteilung (§ 161 KO.) und damit endgültig von jeder Befriedigung aus der Nachlaßkonkursmasse ausgeschlossen ist (vgl. Jäger, KO. 3./4. Aufl., § 152 A. 7), daß aber ein, anscheinend zu seiner vollen Befriedigung genügender Überschuß noch in den Händen des Konkursverwalters vorhanden ist. Er kann sich mithin überhaupt nicht mehr an die Masse, sondern nur noch an den Gemeinschuldner, d. h. den Erben persönlich halten, der ihm freilich gemäß §§ 1989, 1973 Abs. 2 BGB. erst nach Beendigung des Konkurses und nur unter Beschränkung auf den Konkursüberschuß, aber doch als der rechte Beklagte verhaftet bleibt. Daraus ergibt sich, daß zwar das Zahlungsverlangen des Klägers insoweit abgewiesen werden mußte, als damit vom Gemeinschuldner schon jetzt eine Leistung verlangt wird, deren Erfüllung vor Aufhebung des Konkursverfahrens nach § 14 KO. nicht von ihm erzwungen werden kann. Auch das Klagverlangen, die Beklagte habe in Auszahlung des Überschusses bis zum Belaufe der klägerischen Forderung zu willigen, läuft darauf hinaus, daß der Kläger aus dem Nachlasse zu einer Zeit befriedigt sein will, wo sein Bestand noch nicht aufgehört hatte, Konkursmasse und deshalb gemäß § 12 KO. für den Kläger unangreifbar zu sein. Dagegen besteht kein Hindernis, die Klage schon vor Beendigung des Konkurses zuzulassen, wenn den Klaganträgen eine Fassung gegeben wird, wodurch klargestellt wird, daß der Kläger erst nach Beendigung des Konkurses und nur aus dem vorhandenen Konkursüberschusse im Rahmen des § 1973 Abs. 2 Befriedigung begehrt. Sollten die schon jetzt gestellten Hilfsanträge dem nicht völlig entsprechen, so wird es Aufgabe des BerR. sein, auf eine sachdienliche Fassung hinzuwirken. Keinesfalls steht der Klage im Wege, daß der Kläger seinen Anspruch im Nachlaßkonkurs angemeldet, aber dessen Feststellung nicht betrieben hat. Denn durch die bloße Anmeldung ist Rechtshängigkeit des Anspruchs nicht herbeigeführt worden. H. c. V., U. v. 7. April 13, 603/12 IV. — Celle. [S.]

## Literaturbesprechungen.

Dr. **Julius Flechtheim**, Rechtsanwalt und Dozent an der Handelshochschule in Cöln a. Rh.: **Deutsches Kartellrecht.** Erster Band: Die rechtliche Organisation der Kartelle. Mannheim-Leipzig, Bensheimer, 1912. 214 S. 5 *M*, geb. 6,50 *M*.

Kartell, Trust, Syndikat, Konventionen sind nur verschiedene Namen für dieselbe Sache, nämlich für Organisationen von Unternehmern derselben Branche zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes.

Mit Recht bezeichnet der Verf. das Kartellrecht als „juristisches Neuland", in das der Jurist nur mit frommem Schauder einzutreten pflegt. Um so dankbarer muß der Mut und das Geschick anerkannt werden, mit dem Flechtheim daran gegangen ist, das Neuland wegsam zu machen. In voller Beherrschung des Stoffes hat er unter Ablehnung des bisher üblichen Einteilungsgrundes nach der gewählten rechtlichen Organisation (bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, Gesellschaft m. b. H., Aktiengesellschaft usw.) die in der Praxis vorkommenden Erscheinungsformen eingeteilt in Kontingentierungskartelle und Kartelle ohne Kontingentierung. Während die ersteren den Kartellzweck, die monopolistische Beherrschung des Marktes dadurch zu erreichen suchen, daß sie das Gesamtangebot der Aufnahmefähigkeit anpassen oder durch Beschränkung jedes Syndikatsgenossen auf einen fixierten Anteil an der Gesamtabsatzmenge den Wettbewerb der Mitglieder gänzlich ausschließen oder doch in geregelte Bahnen lenken, sucht die zweite Gruppe gewissen Gefahren des freien Wettbewerbs in anderer Weise entgegenzutreten (Preiskartell, Konditionenkartell, Einschränkung der Produktion, Gebietskartell, Schutz des Kundenbesitzstandes). Diese sehr einleuchtende Gliederung des Stoffes gestattet dem Verf., Rechtssätze allgemeinen Inhalts aufzustellen, an denen es bisher in weitem Maße fehlte.

Der Verf. geht überall von den Fällen der Praxis, namentlich von dem großen Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikat aus und gibt in einem Anhang die Satzungen dieses und noch einiger anderer großen Syndikate.

Das Werk stellt eine wertvolle Bereicherung der kartellrechtlichen Literatur dar und wird sich als unentbehrlich für jeden erweisen, der auf diesem Gebiete sich betätigt. N.

**Handelsregister des Kgl. Amtsgerichts Berlin-Mitte,** herausgegeben von Rechnungsrat **Franz Engel** und Amtsgerichtssekretär **Paul Togotzes** beim Kgl. Amtsgericht Berlin-Mitte. 49. Jahrgang, Ausgabe 1913. Preis elegant gebunden 16 *M*. Verlag für Börsen- und Finanzliteratur A.-G. Berlin W. 35.

Die neue Auflage des bewährten Werkes ist auch in diesem Jahre wieder einer durchgreifenden Umarbeitung unterzogen und mit zahlreichen Verbesserungen versehen worden. Das Buch verzeichnet sämtliche bis 31. Dezember 1912 in Groß-Berlin handelsgerichtlich eingetragenen Firmen aller Art mit Angabe der Branchen, der Inhaber und der zur Zeichnung berechtigten Persönlichkeiten, und ist längst für jede Bank, Behörde sowie für Rechtsanwälte und Notare unentbehrlich geworden. N.

Dr. **L. Levin,** Amtsgerichtsrat in Berlin-Schöneberg: **Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei in Theorie und Praxis.** Berlin 1913. Verlag von Otto Liebmann, Buchhandlung für Rechts- und Staatswissenschaften. Verlag der Deutschen Juristen-Zeitung.

Ein verdienstvolles, gutes, ernstes Werk, das von jedem Richter und von jedem Anwalt gelesen und beherzigt werden sollte! Der Autor geht den Fragen, die heute alle an der Zivilrechtspflege beteiligten Juristen bewegen, mit wissenschaftlichem Sinne und einer erstaunlichen Kenntnis der geschichtlichen Entwicklung zu Leibe. Er weist nach, daß die modernen Vorwürfe, mit denen Richter und Anwälte sich gegenseitig bedenken, nicht neu, sondern alten Datums sind. Erfreulicherweise kommt er in seinen tiefgründigen Ausführungen im Gegensatz zu manchem nur obenhin und ohne Kenntnis des Werdegangs des Prozeßrechts urteilenden Kritiker unserer prozessualen Verhältnisse nicht zur Forderung einer Reform unserer Zivilprozeßordnung, sondern zu der Forderung, daß Richter und Anwälte zunächst einmal die geltende Zivilprozeßordnung richtig zu verstehen und anzuwenden lernen. Am Schlusse seines gehaltvollen Werkes

gibt er eine Reihe von Leitsätzen, die beherrscht werden von den durchaus zutreffenden Grundgedanken, daß Richter und Anwälte berufen sind, in gemeinsamer Arbeit dem Rechte zu dienen und daß die richterliche Prozeßleitung nicht auf Abwarten, sondern auf selbständiges und zielbewußtes Vorgehen gestellt ist zu dem Zwecke, das Verfahren gesetz- und zweckmäßig durchzuführen. Es ist dem Verfasser besonderer Dank dafür auszusprechen, daß er sein Werk noch vor dem diesjährigen Anwaltstage herausgegeben hat; den Kollegen aber kann nur empfohlen werden, sich auf die Verhandlungen durch die Lektüre dieses Buches noch besonders vorzubereiten. R.

Dr. **William Altschul**, Justizrat in Dresden: **Über Ersparung von Stempelsteuer durch entsprechende Urkundenfassung.** Vortrag, gehalten im Dresdener Anwaltverein. — Dr. **Reuter**, Rechtsanwalt in Dresden: **Die Haftpflicht des Rechtsanwalts.** Vortrag, gehalten im Dresdener Anwaltverein. Herausgegeben vom Sächsischen Anwaltverein. Dresden, 1913. 13, 30 S.

Dem Sächsischen Anwaltverein gebührt Dank dafür, daß er diese interessanten Vorträge veröffentlicht hat. Altschul geht bei seinen Ausführungen davon aus, daß die Rechtsanwälte es als ein nobile officium betrachten müssen, die Parteien vor vermeidbarem Stempelsteueraufwand tunlichst zu bewahren. Er hält die Beachtung dieses Gesichtspunktes aber auch für ein Gebot der Vorsicht, da nach Lage der Rechtsprechung die Befürchtung nicht fern liege, daß es eines Tages heißen könne, der Dienstvertrag oder gar die Amtspflicht lege jedem Anwalt und Notar die Verpflichtung auf, seine Klienten auch in bezug auf etwa mögliche Stempelsteuerersparungen zu beraten und für eine richtige Beratung hierüber zu haften. Eine sorgfältige Berücksichtigung der Möglichkeit einer Stempelsteuerersparung liege schließlich auch insofern im Interesse des Anwalts, als sie die Klientel veranlassen werde, sich noch mehr als bisher mit Aufträgen fraglicher Art an die Anwälte und Notare zu wenden. Im einzelnen weist Altschul an verschiedenen Fällen die Möglichkeit von erlaubter Stempelsteuerersparung durch geeignete Fassung der fraglichen Geschäfte und Urkunden nach. So für Vollmachten, Konventionalstrafversprechen, für die sogenannte Agnitionserklärung bei der Abtretung von Hypothekenforderungen usw. Der Fall des Sicherheitskaufes und der abstrakten Sicherungsübereignung gibt ihm Anlaß, daran zu erinnern, daß der gleiche wirtschaftliche Zweck sich oftmals auf verschiedenem Wege erreichen läßt, und daß man deshalb von den mehreren an sich möglichen Rechtsgeschäften, mit denen ein bestimmter wirtschaftlicher Erfolg erzielt werden kann, das mit der geringsten Stempelabgabe belegte Rechtsgeschäft wählen muß. Die von Altschul angeführten Fälle sind dem sächsischen Stempelsteuerrecht entnommen. Sie sind aber, wie seine Ausführungen überhaupt, für jeden Anwalt und Notar von Interesse und praktischem Werte.

Auch Reuters Vortrag über die Haftpflicht des Rechtsanwalts verdient warme Empfehlung. Nach einleitenden Ausführungen über das Wesen des Arbeitsvertrags des Rechtsanwalts und das Wesen seiner Haftpflicht, die im Rahmen des Vortrags natürlich mehr skizzenhafter Natur bleiben mußten, bespricht Reuter im einzelnen die wichtigsten Haftungsgründe, wobei beispielsweise seine interessanten Ausführungen über den Umfang der vom Anwalt zu erfordernden Sachkunde, insbesondere über die Grenzen der Beherrschung von Literatur und Judikatur (S. 18 f.), sowie über die Haftung der Sozien (S. 21 f.) besonders hervorgehoben seien. Zur Reform des Haftpflichtrechts des Anwalts verlangt der Verfasser neben einer weiteren Beschränkung der Verjährung, daß bei der Bestimmung des Umfanges des Schadensersatzes auf den Grad des Verschuldens Rücksicht genommen werde, eine Forderung, die allerdings als Durchbrechung der allgemeinen Haftungsgrundsätze von sehr weittragender Bedeutung ist. Reuter kommt zu dieser Forderung, weil die Höhe der einzelnen Regreßansprüche in einer geradezu beunruhigenden Weise wachse. Er verweist zur Begründung hierfür darauf, daß die durchschnittliche Höhe der Schadensfälle der betreffenden Abteilung des Allgemeinen Deutschen Versicherungsvereins in Stuttgart sich stetig wesentlich gehoben habe. Es mag demgegenüber bemerkt werden, daß dieses Anwachsen der durchschnittlichen Höhe der Schadensfälle wahrscheinlich mehr auf die Schadensfälle der Notare als auf die der Rechtsanwälte zurückzuführen sein dürfte. Dittenberger.

**K. Fritsch**, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat im Reichsamt für die Verwaltung der Reichseisenbahnen: **Handbuch der Eisenbahngesetzgebung in Preußen und dem Deutschen Reiche.** Zweite, umgearbeitete Auflage. Berlin, Julius Springer, 1912. XI, 574 S. Geb. 19,00 *M*.

**W. Pietsch**, Rechnungsrat im Reichseisenbahnamt: **Die Eisenbahngesetzgebung des Deutschen Reichs.** Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. Zweite Auflage. Guttentagsche Sammlung deutscher Reichsgesetze, Nr. 66. Berlin, J. Guttentag, 1913. 370 S. Geb. 3,60 *M*.

Dr. **Rudolf Bäseler: Die rechtliche Natur der Eisenbahnverkehrsordnung.** Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Philipp Zorn und Fritz Stier-Somlo, Band IX, Heft 2. VIII, 90 S. 3,00 *M*.

Von den beiden ersterwähnten Sammlungen bringt das in zweiter Auflage vorliegende umfassende Handbuch von Fritsch die gesamten wichtigeren auf das Eisenbahnwesen bezüglichen Gesetze, Verordnungen usw. mit sorgfältiger, namentlich die Rechtsprechung berücksichtigender Erläuterung. Der reiche Inhalt des Werkes ist aus der folgenden Stoffeinteilung zu ersehen: Allgemeine Bestimmungen (Reichsverfassung, Gesetze über die Eisenbahnunternehmungen, über die Kleinbahnen usw.); Verwaltung der Staatseisenbahnen, Staatsaufsicht über Privatbahnen; Beamte und Arbeiter; Finanzen, Steuern; Eisenbahnbau, Grunderwerb und Rechtsverhältnisse des Grundeigentums; Eisenbahnbetrieb, Eisenbahnverkehr; Verpflichtungen der Eisenbahnen im Interesse der Landesverteidigung; Post- und Telegraphenwesen; Zollwesen, Handelsverträge. — Die mit nur kurzen Anmerkungen und Verweisungen versehene kleine Sammlung von Pietsch beschränkt sich auf folgende Materien: Reichsverfassung, Handelsgesetzbuch, Verkehrsordnung, Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr, Bau- und Betriebsordnung, Signalordnung und Befähigungsvorschriften.

Bäselers sorgfältige Untersuchung über die vielumstrittene Frage der rechtlichen Natur der Eisenbahnverkehrsordnung gelangt zu dem Resultat, daß die Verkehrsordnung — trotz der Verweisungen in den §§ 454, 471 HGB. und entgegen der nach der Denkschrift zum HGB. hiermit verfolgten Absicht — keine „Privatrechtsnorm" ist, und weiter, daß die Revision nicht auf die Verletzung der Eisenbahnverkehrsordnung gestützt werden kann, ein unerwünschtes Ergebnis, zu dessen Beseitigung der Verfasser empfiehlt, dem Bundesrat durch das HGB. eine Delegation zum Erlasse einer materiellen Rechtsverordnung zu erteilen. Dittenberger.

## Neue Bücher.

Mitgeteilt von Dr. Dittenberger.

### I. Selbständige Werke.

**v. Jhering, Rudolf: Der Kampf ums Recht.** 18. Auflage. Wien, Manz, 1913. XIX, 98 S. 1,50 *M*.

**Anträge der Kommission zur Förderung der Verwaltungsreform betreffend die Reform der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien.** Wien, F. Tempsky, 1913. 93 S. 1,50 *M*.

**Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetze.** Vom 18. August 1896. Taschen-Ausgabe mit Sachregister. Taschen-Gesetzsammlung, neue Auflage, Nr. 34. Berlin, C. Heymann, 1913. VIII, 636 S. Geb. 2,00 *M*.

**Cosack, Konrad: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.** 6. umgearbeitete Auflage. Zweiter Band. Jena, G. Fischer, 1913. XIV, 944 S. 17,50, geb. 20,00 *M*.

**Heinsheimer, Karl: Mitgliedschaft und Ausschließung in der Praxis des Reichsgerichts.** Ein kritischer Beitrag zum inneren Vereinsrecht. Berlin, O. Liebmann, 1913. VI, 83 S. 2,60 *M*.

**Raape, Leo: Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung.** Berlin, F. Vahlen, 1913. 100 S. 3,00 *M*.

**Müller, Max: Lohnkampf, Arbeitsvertrag und die Koalitionen in der deutschen Judikatur.** Berlin, B. Zorn, 1913. 75 S. 2,60 *M*.

**Grundbuchrecht.** Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs und zur Grundbuchordnung. 2. Band: Grundbuchordnung. Kommentar zur Grundbuchordnung für das Deutsche Reich nebst den für Preußen erlassenen Ausführungsbestimmungen. Von **Hugo Arnheim.** 2., völlig neu bearbeitete Auflage. Berlin, J. Guttentag, 1913. 959 S. 25,00, geb, 27,50 *M*.

**Josef, Eugen: Rechtsfälle zum Zwangsversteigerungsgesetz, zur Grundbuchordnung, zum Liegenschaftsrecht, zum Reichsgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.** Unter Berücksichtigung anderer Reichsgesetze privatrechtlichen Inhalts. 2., nach dem Stande der neuesten Rechtsprechung und Rechtslehre umgearbeitete Auflage. Berlin, F. Vahlen, 1913. IV, 108 S. 2,00 *M*.

**Wolff, A.: Der Entwurf eines Reichstheatergesetzes.** Vortrag. Berlin, Oesterfeld u. Co., 1913. 67 S. 1,00 *M*.

**Weck, Hermann: Deutsches Luftrecht.** Berlin, C. Heymann, 1913. XXIII, 334 S. 10,00 *M*.

**Seelow, P.: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909.** Für die Praxis bearbeitet. 3. verbesserte und erweiterte Auflage. Berlin, Puttkammer u. Mühlbrecht, 1913. 114 S. 3,00, geb. 4,00 *M*.

**Basch, Gustav: Das deutsche Gerichtskostengesetz und die Gebührenordnung für Rechtsanwälte.** Textausgabe mit Anmerkungen, Kostentabellen und Sachregister. Berlin, F. Vahlen, 1913. 99 S. Geb. 2,00 *M*

**Loeck, P.: Wechselstempelgesetz vom 15. Juli 1909.** Nebst den Ausführungsbestimmungen des Bundesrats, den Gesetzesmaterialien und den Entscheidungen der höchsten Gerichte und Verwaltungsbehörden. Textausgabe mit Anmerkungen, einem chronologischen und einem Sachregister. Elfte, erweiterte Auflage. Guttentags Sammlung deutscher Reichsgesetze, Textausgaben mit Anmerkungen, neue Auflage, Nr. 5a. Berlin, J. Guttentag, 1913. 113 S. Geb. 1,50 *M*.

**Meyer, Felix: Das Weltscheckrecht.** Im Auftrage der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin verfaßt. Zwei Bände. Berlin, F. Vahlen, 1913. 31,00, geb. 36,00 *M*.

**Knebusch: Die Krankenversicherung der Landarbeiter.** Wismar, F. Gedicke, 1913. 168 S. 1,50 *M*.

**Binding, Karl: Grundriß des deutschen Strafrechts.** Allgemeiner Teil. 8., mit der 7. gleichlautende Auflage. Leipzig, F. Meiner, 1913. XXIV, 321 S. 7,00, geb. 8,00 *M*.

**M. Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches.** 4. Auflage. Völlig neu bearbeitet in Gemeinschaft mit A. Hoffmann, E. Trautvetter, W. Cuno und R. Kloß von L. Ebermayer, F. Galli und G. Lindenberg. Drei Bände. Berlin, O. Liebmann, 1912/13. VIII, 1113, 941, 809 S. 77,00, geb. 85,00 *M*.

**Schubart, P.: Die Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reiches und des Preußischen Staates in gedrängter Darstellung.** Nebst einem Abdruck der deutschen und der preußischen Verfassungsurkunde und des Allerhöchsten Erlasses vom 4. Januar 1882. Mit alphabetischem Sachregister. 25. neu durchgesehene Auflage. Breslau, W. G. Korn, 1913. IV, 215, 42 S. Geb. 1,60 *M*.

**Adams, J.: Preußisches Staatsrecht.** II. Verwaltungsrecht. Verfassungsurkunde. Eine Anleitung zum Studium. 2. verbesserte Auflage. Bonn, L. Röhrscheid, 1913. VI, 124 S. 2,50, geb. 3,25 *M*.

**Brassert, H.: Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten.** 2. Auflage, bearbeitet von H. Gottschalk. 1. Hälfte. Bonn, Marcus u. Weber, 1913. 544 S.

**Gottschalk, Hans: Das preußische Wassergesetz vom 7. April 1913.** Auf Grund der Verhandlungen des Landtages erläutert. Bonn, Marcus u. Weber, 1913. XXI, 364 S. Geb. 7,00 *M*.

**Müser, Ernst: Führung und Abänderung der Familien- und Vornamen in Preußen.** Ein Nachschlagewerk für Behörden, Rechtsanwälte usw. Düsseldorf, L. Schwann, 1913. V, 58 S. 1,00 *M*.

## II. Aus den Zeitschriften.

**Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.** 46. Jahrg., Nr. 6.

**Schmelzle:** Die ländliche Grundbesitzverteilung, ihr Einfluß auf die Leistungsfähigkeit der Landwirtschaft und ihre Entwicklung. **von Schelhorn:** Die allgemeine Hinterbliebenenversicherung der Reichsversicherungsordnung im Lichte der geschichtlichen Entwicklung; ihre Vorläufer und deren Eingliederung in die Reichsversicherungsordnung. **Mettgenberg:** Die Entwicklung des Gefängniswesens in Preußen.

**Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.** VI. Bd., Heft 4.

**Kohler:** Über die Philosophie des Zivilprozesses. **Morgenstierne:** Die staatliche Gemeinschaft als Organismus (Schluß). **Mendelssohn Bartholdy:** Zum Shylock-Problem. **Tecklenburg:** Die neuere Entwicklungstendenz des parlamentarischen Wahlverfahrens. **Koehne:** Über einen Versuch gegen die herrschende Wertung rechtshistorischer Forschungen. **Fränkel:** Die Staatslehre des Petrus de Bellapertica. **Makarewicz:** Soziale Entwicklung der Neuzeit. **Zaleskij:** Philosophie und politische Ökonomie bei den Merkantilisten des XVI. bis XVIII. Jahrhunderts (Forts.). **Meszlény:** Soziale Reform im Novellenentwurf des Österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuchs. **Janisch:** Das erste Jugendgefängnis im Deutschen Reiche und das Jugendgruppensystem in den Gefängnissen Österreichs. **Bodenheim:** Über Gesetzessprache.

**Bank-Archiv.** XII. Jahrg., Nr. 18.

**Cohn:** Die Reichssteuerreform.

**Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre.** IX. Jahrg., Nr. 3.

**Dove:** Die Verbandszeichen in der Konvention von Washington und im deutschen Ausführungsgesetz. **Erich:** G. Jellinek und die „finnische Frage". **Hartwig:** Das Gesetz über die Behandlung ausländischer Reklamationen in Venezuela. **Kiep:** Englische juristische Prüfungen. **Möller:** Der Schutz der Vertragsverbindlichkeit in der Verfassung der amerikanischen Union (Forts.). **Schultze:** Der britische Imperialismus (Schluß).

**Das Recht.** XVII. Jahrg., Nr. 12.

**Ebbecke:** Scheidungsklage aus § 1568 BGB. **Wurzer:** Die Kostenentscheidung bei der Verurteilung Zug um Zug gemäß § 322 BGB. **Hartmann:** Zweifelsfragen aus dem Fundrecht.

**Der Rechtsgang.** I. Bd., Heft 1 und 2.

**Binding:** Das objektive Recht: Maß, Mittel und Fehlbetrag seiner Verwirklichung. **Oetker:** Strafentscheidungen unter Verletzung des ne bis in idem und ihre Bekämpfung durch außerordentliche Nichtigkeitsbeschwerde. **Schmidt:** Die Arbeitsorganisation der deutschen Richter. **Nagler:** Der Parteibegriff im Zivil- und Strafverfahren. **Schoetensack:** Der Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren gegen Jugendliche. **Schultz:** Der Stand der Lehre

von der Rechtskraft des Zivilurteils in Literatur und Judikatur. **Gerland:** Über Realausbildung der Juristen. **Hegler:** Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Prozeß. **Voß:** Über prophylaktische Untersuchungshaft.

**Deutsche Juristen-Zeitung.** XVIII. Jahrg., Nr. 13.

**Ebermayer:** Die Beschlüsse der Strafrechtskommission. XVI. **Lion:** Die Praxis des Wertzuwachssteuergesetzes. **Katz:** Internationaler Schiedsgerichtshof für bürgerlichen Rechtsstreit. **Herr:** Probleme des Rechtsstudiums in Nord Amerika.

**Deutsche Richterzeitung.** V. Jahrg., Nr. 13.

**Mendelssohn-Bartholdy:** Reform des Zivilprozeßwesens. IV. **Thomsen:** Der Richter und die Verbrechensbekämpfung im neuen deutschen Strafrecht. **Sommer:** Englische und deutsche Richter.

**Deutsche Wirtschafts-Zeitung.** IX. Jahrg., Nr. 13.

**Bamberger:** Zur Besteuerung der Gesellschafts- und der Versicherungsverträge durch das Reich. **Wiedenfeld:** Das Kölnische Museum für Handel und Industrie. **Marcuse:** Gibt es in den Vereinigten Staaten von Amerika einen Geldtrust?

**Gesetz und Recht.** 14. Jahrg., Heft 19.

**Hammer:** Die Organisation der deutschen Reichs-Post- und Telegraphenverwaltung.

**Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis.** 31. Bd., 6. Heft.

**Geller:** Die Stellung des Unternehmens im bürgerlichen Recht. **Dazenbichler:** Über Forstservituten.

**Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.** 5. Jahrg., 4. Heft.

**Hausmeister:** Das Aufgebotsverfahren bzw. seine Ersatzgebilde im französischen Recht (mit Berücksichtigung internationaler Kollisionsnormen). **Kisch:** Das Schadennehmen. **Freisen:** Die Haftbarkeit des preußischen Fiskus als Rechtsnachfolger des säkularisierten, zum früheren Fürstbistum Halberstadt gehörigen Zisterzienserinnenklosters Hedersleben.

**Sächsisches Archiv für Rechtspflege.** 8. Jahrg., Nr. 14, 15.

**Arnemann:** Die Familienpflege der Geisteskranken.

**Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.** 78. Jahrg., Nr. 12.

**Goldscheider:** Der Schadensersatz wegen arglistiger Täuschung bei Abschluß von Verträgen. **Bezold:** Die schwurgerichtliche Fragestellung in den Fällen der Real-, Ideal-, Gesetzeskonkurrenz und des fortgesetzten Verbrechens (Schluß).

**Zeitschrift des internationalen Anwalt-Verbandes.** 11. Jahrg., Nr. 6.

Richter im Nebenberuf. Entwurf der österreichischen Advokatenordnung. **Horn:** Die Rechtslage der ausländischen juristischen Personen in Frankreich. **Scherer:** Das internationale Privatrecht (Forts.).

**Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.** 9. Jahrg., Nr. 12.

**Ritter v. Landmann:** Über die polizeiliche Genehmigung stehender Lichtspieltheater in Bayern. **Meiser:** Beiträge zum Gefällsstrafrechte der Gemeindeordnung. **Amann:** Ein merkwürdiges Besitzverhältnis und seine Wiedergabe im Kataster und Grundbuch (Schluß).

## Aus der Praxis.

### Nachweis des Nichteintritts fortgesetzter Gütergemeinschaft durch Negativzeugnis des Nachlaßgerichts. — Zulässigkeit der Löschung der Gesamthypothek auf einem der mithaftenden Grundstücke.

Beschluß des Kammergerichts, 1. ZS., vom 14. Juni 1913. 1 X 208/13.

... 2.... Darüber, in welcher Weise der überlebende Ehegatte den in § 29 GBO. verlangten urkundlichen Nachweis, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist, zu führen hat, gibt das Gesetz unmittelbar keinen Aufschluß. Im Falle der Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§§ 1484, 1945 Abs. 1 BGB.), sowie im Falle des Verzichts aller Abkömmlinge (§§ 1517, 2348 BGB.) wird ein solcher urkundlicher Nachweis unter Umständen durch Vorlegung der für das der Fortsetzung der Gütergemeinschaft entgegenstehende Ereignis maßgebenden Urkunden geführt werden können. Dasselbe kann der Fall sein, wenn durch öffentliche letztwillige Verfügung alle Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen sind (§ 1511 BGB.; KGJ. 25 A 228; 26 A 55), und im Falle der Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1508 BGB.) wird unter Umständen eine beglaubigte Abschrift aus dem Güterrechtsregister ausreichen (vgl. OLG. 8, 335). Bedenken können auch in diesen Fällen obwalten, wenn Zweifel an der Gültigkeit oder Wirksamkeit der Urkunde bestehen. Daneben gibt es aber auch wichtige Hinderungsgründe für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, die nicht bereits ihrem Wesen nach urkundlich belegt sind. Das gilt z. B. für den Fall der Erbunwürdigkeit sämtlicher Abkömmlinge (§§ 1506, 2344 BGB.) und für den hier in Betracht kommenden Fall der Kinderlosigkeit. In Frage kommen ferner der Fall der Ausschließung sämtlicher Abkömmlinge durch eigenhändiges Testament, da dieses nach § 29 GBO. kein für den Grundbuchverkehr geeignetes Nachweismittel ist. Da nun, wie auch der vorliegende Fall zeigt, ein unabweisbares Bedürfnis nach einem für den Grundbuchverkehr ausreichenden Nachweismittel für die Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft besteht, muß unter Verwertung der in dem Gesetz als zutreffend anerkannten Rechtsgedanken und unter Fortentwicklung der positiven Vorschriften ein Ausweg gefunden werden. Zugrunde zu legen ist der § 1507 BGB., wonach das Nachlaßgericht unter entsprechender Anwendung der Vorschriften über den Erbschein dem überlebenden Ehegatten auf Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen hat. Dieses Positivzeugnis ist ein Erzeugnis reiner Zweckmäßigkeitserwägungen (Prot. 5, 729 ff.). In Anknüpfung an den Erbschein ist dem Nachlaßgericht die Ausstellung eines Positivzeugnisses über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft auf Antrag des überlebenden Ehegatten oder seiner Rechtsnachfolger in Gemeinschaft mit den anteilsberechtigten Abkömmlingen (vgl. KGJ. 41, 52) zur Pflicht gemacht, weil nach Ansicht der Mehrheit der Kommission ein solches Zeugnis im Rechtsverkehr nicht zu entbehren ist. Aus denselben Erwägungen muß der Nachlaßrichter für verpflichtet angesehen werden, auf Antrag des überlebenden gütergemeinschaftlichen Ehegatten auch ein Zeugnis des Inhalts auszustellen, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist; denn wenn, wie dargelegt ist, der urkundliche Nachweis der Nichtfortsetzung der Gütergemeinschaft nicht zu entbehren, die Nachweisurkunde aber in vielen Fällen, und namentlich in dem praktisch wichtigsten Falle der Kinderlosigkeit, nicht ohne weiteres vorhanden ist, muß dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit geboten werden, die Urkunde in der Form eines gerichtlichen Zeugnisses zu erlangen, und die zuständige Stelle für die Erteilung dieses Zeugnisses ist unter Berücksichtigung des § 1507 BGB. naturgemäß das Nachlaßgericht. Auch das Negativzeugnis ist wie das Positivzeugnis des § 1507 nicht etwa nur ein Tatsachenzeugnis (vgl. Art. 31 PrFG., § 9 Abs. 3 HBG., § 162 FGG.), sondern ein Urteilszeugnis mit dem Charakter des Erbscheins. Wird bei dem Nachlaßrichter der Antrag auf Erteilung des Negativzeugnisses gestellt, so hat er unter Berücksichtigung der Angaben des Antragstellers und unter Benutzung der von ihm angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen und er darf das Negativzeugnis nur erteilen, wenn er die zur Begründung des Antrages erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. (§§ 2358, 2359, 1507 BGB.) Das Negativzeugnis steht wie das Positivzeugnis unter dem öffentlichen Glauben (§§ 2366 ff., 1507 BGB.) und beweist im Verkehr mit dem

Grundbuchamt, daß fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist (§ 36 GBO.).

Die Beibringung eines solchen Negativzeugnisses oder des Nachweises der Zugehörigkeit der Hypothek zum Vorbehaltsgut ist den Antragstellern durch Zwischenverfügung aufzugeben.

3. Die Hypothek, um deren Löschung es sich hier handelt, ist eine Gesamthypothek. Außer dem Grundstück Sch. Bd. VII Bl. Nr. 204 ist auch das Grundstück Sch. Bd. VII Bl. 201 für die Forderung verpfändet. In einem Beschluß vom 28. Juli 1911, RJA. 11, 246, hat der Ferienseuat des KG. ausgesprochen, daß mit Rücksicht auf den Grundsatz der Einheitlichkeit der Gesamthypothek, die Hypothek auf sämtlichen mitverhafteten Grundstücken gelöscht werden müsse, auch wenn die Löschung nur in bezug auf ein Grundstück bewilligt und beantragt sei. Es mag hervorgehoben werden, daß der beschließende Senat diesen, auch von Güthe (28 zu § 49) und Strecker (Recht 1913, 236) bekämpften Standpunkt nicht teilt. Aus den §§ 1132, 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB. ergibt sich, daß der Gläubiger einer Gesamthypothek auf die Hypothek an einem der Grundstücke verzichten kann, ohne daß dadurch der Fortbestand der Hypothek, sei es als Einzelhypothek, wenn nur zwei Grundstücke belastet waren, sei es als Gesamthypothek, wenn noch mehrere Grundstücke in Frage kommen, an den übrigen verhafteten Grundstücken berührt wird. Wird deshalb die Löschung der Gesamthypothek nur in bezug auf eins der gesamtbelasteten Grundstücke bewilligt und beantragt, so darf die Hypothek auch nur auf diesem Grundstück gelöscht werden. Das Erlöschen der Mitbelastung ist im Grundbuch des mitverhafteten Grundstücks nach § 49 Abs. 2 GBO. von Amts wegen zu vermerken.

An diesem schon in dem Beschluß vom 10. Dezember 1900 KGJ. 21 A 169 hervorgehobenen und, soweit bekannt, abgesehen von dem Beschluß des Ferienseuats, auch seitdem in ständiger Rechtsübung beobachteten Grundsatz (vgl. auch KGJ. 40, 299) wird festgehalten.

* * *

## Rügerecht des Vorstands der Anwaltskammer gegenüber den Mitgliedern.

Beschluß des Kammergerichts, I. ZS., vom 17. April 1913 1. Gen. V. 5/13.

Soweit die Beschwerde sich darauf bezieht, daß der Vorstand der Anwaltskammer unterlassen habe, durch die Abgabe der Anzeige des Rechtsanwalts A gegen die Rechtsanwälte Justizrat C und Dr. D an die Staatsanwaltschaft die strafgerichtliche oder ehrengerichtliche Verfolgung dieser beiden Anwälte herbeizuführen, ist sie zweifellos unbegründet. Von einem gesetzwidrigen Verfahren des Vorstandes im Sinne des § 59 RAO. würde nur dann die Rede sein können, wenn der Vorstand auf die Anzeige überhaupt nichts veranlaßt hätte. Er hat sie aber wiederholt eingehend geprüft, darüber Beschluß gefaßt und den Beschwerdeführer unter Darlegung der Gründe beschieden. Die sachliche Richtigkeit des dem Beschwerdeführer erteilten Bescheides nachzuprüfen, ist das KG. nach der in der Rechtsprechung und Rechtslehre jetzt allgemein anerkannten Auslegnng des § 59 Abs. 2 RAO. nicht befugt (Friedländer Komm. zur RAO., Anm. 9 bis 14 zu § 59).

Aber auch soweit der Beschwerdeführer rügt, daß der Vorstand nicht befugt gewesen sei, auf dem Wege eines einfachen Bescheides, also außerhalb des ehrengerichtlichen Verfahrens, ihm in der Form, wie geschehen, seine Mißbilligung auszusprechen, ist nicht anzuerkennen, daß ein „gesetzwidriger Beschluß" des Vorstandes vorliegt, der nach § 59 Abs. 2 RAO. der Aufhebung durch das OLG. unterläge.

Der Vorstand hat in dem ersten Bescheide das Vorgehen des Beschwerdeführers gegen die Rechtsanwälte Justizrat C und Dr. D als „höchst leichtfertig" und als eine „grobe Ungehörigkeit" bezeichnet, die „auf das strengste gerügt" werden müsse, und hat dem Beschwerdeführer deswegen seine „schärfste Mißbilligung" ausgesprochen. In dem zweiten Bescheide ist diese Kritik und insbesondere der Ausspruch der schärfsten Mißbilligung ausdrücklich aufrechterhalten. Ein dritter, dem Beschwerdeführer bei der Einreichung der Beschwerde noch nicht zugegangener Bescheid vom 22. März 1913 besagt nur kurz, daß es bei dem Bescheide vom 26. Oktober 1912 sein Bewenden behalte, da die Eingaben vom November und Dezember 1912 dem Vorstande zu einer Anderung seines Standpunkts keinen Anlaß gäben.

Der Vorstand der Anwaltskammer ist vermöge des ihm im § 49 Nr. 1 RAO. verliehenen Aufsichtsrechts befugt, auch außerhalb des ehrengerichtlichen Verfahrens (§§ 62 ff), also im formlosen Beschlußverfahren, an dem Verhalten der Kammermitglieder Kritik zu üben, ihnen Vorhaltungen zu machen und seine Mißbilligung auszusprechen. Hierüber besteht, nachdem in den ersten Jahren des Bestehens des Gesetzes mitunter eine abweichende Meinung oder doch ein Zweifel geäußert worden ist, jetzt seit langer Zeit in der Rechtsprechung und Rechtslehre allgemeines Einverständnis, insbesondere haben der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte und auch das KG. ständig daran festgehalten (vgl. die Darlegungen und Nachweisungen bei Friedländer Anm. 2, 11, 12 zu § 49, Anm 13 zu § 59, Anm. 7 zu § 63 RAO.). Es fragt sich daher nur, ob die vom Vorstande geübte Kritik etwa durch ihre Schärfe über die zulässigen Grenzen hinausgeht.

Der Senat hat diese Frage verneint. Während hinsichtlich der richterlichen und nichtrichterlichen Justizbeamten gesetzlich bestimmt ist, welche Befugnisse des Vorgesetzten in dem Rechte der Aufsicht enthalten sind (§§ 78 bis 80 AGGVG. vom 24. April 1878, § 23 Gesetz vom 9. April 1879, zu vgl. auch § 13 Gesetz vom 7. Mai 1851), fehlt es für die Rechtsanwälte an einer solchen näheren gesetzlichen Regelung. Es kann daher nur aus dem Begriffe der Aufsicht, aus dem Gegensatze zu der ehrengerichtlichen Strafgewalt und auf Grund allgemeiner Anschauungen und Erwägungen entschieden werden, bis zu welcher Grenze die Kritik des Vorstandes gegenüber einem Kammermitgliede gehen darf. Soviel steht zweifellos fest, daß die im bloßen Beschlußverfahren ergehende Äußerung des Vorstandes nicht den Charakter einer Strafe annehmen darf. Es wird aber auch eine scharfe Kritik in einem Bescheide des Vorstandes noch nicht zur Strafe des „Verweises" im Sinne des § 63 Nr. 2 RAO. und ebensowenig ist ein Hinweis auf die etwaigen Folgen fortgesetzten Zuwiderhandelns, wie er am Schlusse des Bescheides vom 26. Oktober 1912 aufgenommen ist, eine „Warnung" im Sinne des § 63 Nr. 1. Denn diese Strafen erhalten die Natur von solchen erst dadurch, daß sie vom Vorstand in der Absicht, die Strafgewalt auszuüben, und in den Formen des gesetzlich geregelten ehrengerichtlichen Verfahrens ausgesprochen werden. Im vorliegenden Falle hat es dem Vorstande zweifellos ferngelegen, eine Strafe verhängen zu wollen, und auch der Beschwerdeführer konnte die Bescheide nicht in diesem Sinne auffassen. Der Beschwerdeführer nimmt besonders an dem Ausdruck „schärfste" Mißbilligung Anstoß. Nach dieser Richtung sind in der Tat in der Rechtsprechung Bedenken geäußert worden, ob nicht durch einen derartigen Zusatz dem Ausspruche des Vorstandes objektiv der Charakter einer Strafe aufgeprägt werde. Das OLG. Hamburg hat die Erklärung einer „ernsten Rüge" im Beschlußverfahren als unzulässig bezeichnet (Beilage zur JW. 1903, 8; Friedländer Anm. 12 zu § 49 RAO.), und der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte hat neuerdings (EGH. 15, 36) als zweifelhaft hingestellt, ob der Vorstand berechtigt sei, einem Kammermitgliede seine „ernste Mißbilligung" auszusprechen, weil darin immerhin eine diesem „erteilte Rüge, d. h. eine Strafe" erblickt werden könne. Auf der anderen Seite hat das OLG. Dresden (JW. 1894, 610) den Ausspruch der „ernsten Mißbilligung" für zulässig erklärt und ihm die Natur einer Strafe abgesprochen.

Das KG. schließt sich der letzteren Auffassung an. Wenn aus dem Aufsichtsrechte die Befugnis des Vorstandes abzuleiten ist, einem ihm unterstellten Anwalt erforderlichen Falles seine Mißbilligung auszusprechen, weil ohne eine Rügebefugnis die Aufsicht nicht wirksam

ausgeübt werden kann, so muß es dem Vorstand auch unverwehrt sein, seiner Ansicht je nach der Lage des Falles einen verschiedenen Ausdruck zu geben, und in Fällen, die eine ernstere Mißbilligung erheischen, seine dahingehende Meinung auch unumwunden zu erkennen zu geben. Wollte man dem Vorstande dieses Recht versagen, so würde das dazu führen, daß in weit zahlreicheren Fällen das ehrengerichtliche Verfahren eröffnet werden müßte, was nicht im Interesse des Anwaltstandes liegen würde und daher nicht als der Meinung des Gesetzes entsprechend angesehen werden kann. Daß bei der Meinungsäußerung des Vorstandes die Form einer Strafe vermieden werden muß, wie sie vielleicht in der förmlichen „Erteilung" einer Rüge erblickt werden könnte, versteht sich ebenso von selbst wie die Notwendigkeit, daß eine offenbar unnötige oder persönlich verletzende Schärfe unterbleibt. Hiervon abgesehen aber kann dem Vorstand in der Wahl seines Ausdrucks eine mehr oder minder bestimmte Grenze nicht gezogen werden, und es besteht weiterhin nach dem oben dargelegten Grundsatze kein Recht des OLG. zur Nachprüfung, ob der einzelne Fall dazu angetan war, den in dem Bescheide gewählten Ausdruck zu rechtfertigen.

Da hiernach ein gesetzwidriger Beschluß des Vorstandes der Anwaltskammer nicht vorliegt, war die Beschwerde des Rechtsanwalts A als unbegründet zurückzuweisen. Gebühren für die gerichtliche Entscheidung werden nicht erhoben (Friedländer Anm. 3 zu § 60 RAO.).

---

**Umfrage der Vereinigung rheinisch-westfälischer Anwälte betr. Abänderung der Zulassungsvorschriften.** Die Vereinigung rheinisch-westfälischer Rechtsanwälte hat im Juni dieses Jahres einen Aufruf an die deutschen Rechtsanwälte erlassen, in dem sie um eine Äußerung zur Frage der Abänderung der Zulassungsbestimmungen ersucht. Die Anlage dieser Umfrage gibt in mehreren Richtungen zu Bedenken Anlaß. Die Umfrage erbittet eine Erklärung folgenden Inhalts: „Zulassungsbeschränkungen, die weder unsere Unabhängigkeit, noch unsere Freizügigkeit antasten und keine Hintansetzung aus politischen oder konfessionellen Beweggründen zulassen, halte ich — für notwendig — für überflüssig." Nichtzutreffendes soll durchstrichen werden. Zunächst ist hierbei schon die Antithese notwendig und überflüssig nicht gerade geschickt gewählt. Es ist doch auch denkbar, daß man eine Maßnahme zwar nicht für notwendig, aber doch auch nicht für überflüssig hält. Ein merkwürdiges Resultat ergibt sich ferner, wenn ein Gegner der Zulassungsbeschränkungen das Wort „notwendig" streicht. Seine Erklärung lautet dann: „Zulassungsbeschränkungen, die weder unsere Unabhängigkeit noch unsere Freizügigkeit antasten und keine Hintansetzung aus politischen und konfessionellen Beweggründen zulassen, halte ich für überflüssig." Man könnte aus dieser Antwort auch eine Erklärung gegen die freie Advokatur herauslesen. Wie sollen sich ferner diejenigen verhalten, die zwar Gegner des numerus clausus und ebenso Gegner der Wartezeit sind, die aber andere Verschärfungen der Voraussetzungen für die Zulassung — wie z. B. Erschwerung der Prüfungen, Beibringung eines besonderen Nachweises der Befähigung zum Anwalt neben der allgemeinen Fähigkeit zum Richteramt, und ähnliches — für angebracht erachten? Auch diese Maßnahmen können als „Zulassungsbeschränkungen, die weder die Unabhängigkeit noch die Freizügigkeit antasten usw.", angesehen werden. Andererseits aber erwähnt das Rundschreiben der Vereinigung nur den numerus clausus und die Wartezeit. Diejenigen, die die erwähnten andern Beschränkungen wollen, müßten sich für die Notwendigkeit der Zulassungsbeschränkungen erklären und man könnte dann sehr gegen ihren Willen aus ihrer Antwort entnehmen, daß sie für numerus clausus oder Wartezeit eintreten. Kann man weiter überhaupt sagen, daß der numerus clausus, als Noestsche sogenannte „Höchstziffer" oder in irgendeiner anderen Form, eine Zulassungsbeschränkung sei, die weder die Unabhängigkeit noch die Freizügigkeit antaste. Es wird doch mit guten Gründen die Ansicht vertreten, daß bisher noch jede der zahlreichen vorgeschlagenen Formen des numerus clausus die Unabhängigkeit der Anwaltschaft gefährde, und es wird nicht ohne Grund bezweifelt, daß überhaupt eine Form des numerus clausus gefunden werden könne, die keine solche Gefährdung enthalte. Die Umfrage meint zwar, es werde später darüber zu verhandeln sein, „welches Mittel das beste sei". Zunächst fehlt aber noch der Nachweis, daß überhaupt ein taugliches Mittel gefunden und, was nicht minder wichtig ist, bei den gesetzgebenden Faktoren durchgesetzt werden kann! Ehe nicht dieser Nachweis erbracht ist, ist es doch sehr gewagt, sich für eine Beschränkung der Zulassung ganz im allgemeinen auszusprechen. Es ergeben sich also recht wichtige Zweifel über die Zweckmäßigkeit der Anlage dieser Umfrage, und es muß jedenfalls Einspruch dagegen erhoben werden, wenn der Aufruf der rheinisch-westfälischen Vereinigung erklärt: wer nicht antworte, habe kein Interesse an dem Wohl und Wehe unseres Standes. Viele von denen, die nicht antworten, werden dies einfach deshalb nicht tun, weil ihnen die Art der Umfrage nicht die Möglichkeit gibt, ihre Meinung klar und unzweideutig zum Ausdruck zu bringen, und weil die Umfrage schon deshalb ihr Ziel, „die wirkliche Meinung der deutschen Anwaltschaft festzustellen", nicht erreichen wird. Es dürften deshalb wohl viele Kollegen vorziehen, die Umfrage nicht zu beantworten, zumal sich die Vertreterversammlung des Deutschen Anwaltvereins in ihrer Sitzung vom 11. September 1913 mit der Angelegenheit beschäftigen wird.

Dr. Dittenberger.

---

**Ist im Privatklageverfahren gegen den in der Hauptverhandlung ausgebliebenen Angeklagten Haftbefehl zulässig?** In der auf S. 636 mitgeteilten Entscheidung des OLG. Düsseldorf vom 19. November 1912 ist diese Frage bejaht. Ob die Entscheidung richtig ist, soll hier nicht untersucht werden. Da die herrschende Meinung aber gegenteiliger Ansicht ist, so wird immerhin noch einige Zeit vergehen, bis sie sich bekehrt. Ich möchte daher auf ein Verfahren hinweisen, in dem bis jetzt immer noch der Vorführungsbefehl genügt hat.

Es ist klar, daß der Angeklagte sich mit Leichtigkeit der Vorführung entziehen kann, sobald er weiß, wann er vorgeführt werden soll. Wenn daher, wie es vielfach geschieht, zur neuen Verhandlung Termin, z. B. auf 2. Mai, anberaumt und die Polizeibehörde ersucht wird, den Angeklagten an diesem Tag vormittags 9 Uhr vorzuführen, so braucht der Angeklagte nur 2 Tage vorher zu verschwinden; den Termin kann er ja leicht erfahren.

Anders, wenn zunächst kein Termin anberaumt, sondern die Polizeibehörde ersucht wird, den Angeklagten am Morgen des Vortags eines der üblichen Sitzungstage festzunehmen, am Sitzungstage selbst vorzuführen, und das Gericht von der Festnahme sofort zu ver-

ständigen. Dann hat das Gericht noch Zeit, für den nächsten Tag Termin anzuberaumen und den Kläger und die Zeugen zu laden.

Dieses Verfahren dürfte zulässig sein; denn der Richter vernimmt ja den Angeklagten spätestens am Tag nach der Vorführung (§ 128 Abs. 1 Satz 2 StPO.). Die Aussetzung wegen Nichteinhaltung der Ladungsfrist gemäß § 216 Abs. 2 StPO. kann der Angeklagte, gegen den nach § 229 StPO. Vorführungsbefehl erlassen ist, nicht verlangen, da er nicht geladen wird und da aus diesem Grunde die Vorschriften über die Ladungsfrist nicht anwendbar sind.[1])

G. Meikel, Kgl. Oberamtsrichter, München.

---

**Abschriften im Offenbarungseidsverfahren.** JW. 1913, 455 nimmt eine Lücke in der Gesetzgebung an, da die ZPO. nirgends eine Bestimmung darüber enthalte, ob einem weiteren Gläubiger eine Abschrift des Protokolls über die frühere Eidesleistung seines Schuldners und des dort beschworenen Vermögensverzeichnisses zu erteilen sei. Zur Ausfüllung dieser Lücke empfiehlt er eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 760 ZPO. § 299 ZPO. hält er nicht für anwendbar, weil dieser Paragraph angeblich nur die Prozeßakten behandle, während die Offenbarungseidsakten selbständige, von den Prozeßakten getrennte, vom Vollstreckungs- und nicht vom Prozeßgericht geführte Akten sind.

In Wirklichkeit aber besteht die vermeintliche Lücke gar nicht, da jeder weitere Gläubiger eines Manifestanten Partei im Sinne des § 299 Abs. 1 ZPO ist. Denn nach § 903 ZPO. ist der Schuldner, der den Offenbarungseid nach § 807 ZPO. geleistet hat, zur nochmaligen Leistung des Eides innerhalb einer Frist von 5 Jahren nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben hat. Die Leistung des Offenbarungseides äußert also ihre Wirkungen innerhalb der genannten Frist nicht nur gegenüber demjenigen Gläubiger, der das Verfahren auf Leistung des Eides betreibt, sondern jedem Gläubiger gegenüber. Hieraus ergibt sich die Schlußfolgerung, daß jede Person, die einen Vollstreckungstitel gegen den Schuldner besitzt, der den Offenbarungseid geleistet hat, in diesem Verfahren die Stellung der Partei im weiteren Sinne hat. Der Begriff der Partei ist eben im Offenbarungseidsverfahren eine weiterer als im Prozeß- und Vollstreckungsverfahren, also auch ihre Rechte; und während sonstige Prozeß- und Vollstreckungsakten nur Angelegenheiten zum Gegenstand haben, welche lediglich das Verhältnis zwischen den Parteien im engeren Sinne betreffen und Dritte in der Regel nicht berühren und nichts angehen, ist der Inhalt der Offenbarungseidsakten für jeden Gläubiger des betreffenden Schuldners von erheblichstem Interesse. Deshalb hat auch § 299 Abs. 1 ZPO. „den Parteien" ausdrücklich das Recht zuerkannt, aus den Akten Abschriften zu verlangen.

Diese Erwägungen haben auch das Kgl. Landgericht Fürth bei einem in der letzten Zeit erlassenen Beschluß geleitet, in welchem es den Gerichtsschreiber angewiesen hat, dem mit einem Vollstreckungstitel versehenen weiteren Gläubiger eines Schuldners eine Abschrift des vom Schuldner in einem anderen Verfahren beschworenen Vermögensverzeichnisses zu erteilen. Hierbei wird zutreffend weiter ausgeführt, daß die sinngemäße Auslegung des § 792 ZPO. dasselbe Ergebnis zeitigt: jeder weitere mit dem Vollstreckungstitel versehene Gläubiger bedarf der Abschrift des Vermögensverzeichnisses zur Prüfung der Frage, ob er mit Aussicht auf Erfolg die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben kann, und kann deshalb Erteilung einer Abschrift des Vermögensverzeichnisses verlangen.

Wenn die Gerichte unter Anwendung der §§ 299 Abs. 1, 760, 792 ZPO. jedem mit einem Vollstreckungstitel versehenen Gläubiger einen Rechtsanspruch darauf einräumen wollten, daß er die in einem anderen Verfahren angefallenen Offenbarungseidsakten einsehen und sich Abschriften des Protokolls und Vermögensverzeichnisses erteilen lassen kann, so wird den berechtigten Interessen der Gläubiger Rechnung getragen, ohne daß eine Abänderung der ZPO. (JW. 1913, 394 a. E.) durch Aufnahme einer schon in BayZfR. 11, 198 vorgeschlagenen etwa dem § 34 GFG. nachgebildeten Sonderbestimmung in die ZPO. erforderlich ist.

Rechtsanwalt Dr. Neubürger, Fürth (Bayern).

---

**„Die Sicherungsübereignung von Warenlagern".** (Vgl. JW. 13, 404). Es mag hier noch darauf hingewiesen werden, daß nach einer Ansicht, die z. B. Simeon (Recht und Rechtsgang i. d. R., 6. Aufl., I 1 § 24 II 7) vertritt, schon das der Sicherungsübereignung eigentümliche fiduziarische Verhältnis der Parteien das zur Eigentumsübertragung nötige Besitzkonstitut trägt, das Fiduziargeschäft mittelbaren Besitz begründet. Simeon meint damit offenbar, das Grundgeschäft, das er im übrigen zutreffend von dem Fiduziargeschäft scheidet, ergebe bereits die Einigung über ein „ähnliches Verhältnis" im Sinne von § 868, ohne daß die besondere Vereinbarung einer Verwahrung usw. erforderlich wäre. (Das Fiduziargeschäft selbst, d. h. die Sicherungsübereignung, begründet natürlich nicht den mittelbaren Besitz, ist nicht Besitzkonstitut, sondern setzt sich aus dinglicher Einigung und dem selbständigen Besitzkonstitut zusammen). Diese Ansicht, die also den Sicherungszweck allein schon als mittelbaren Besitz begründend betrachtet, ist in dieser Form zu weitgehend. Das Grundgeschäft muß vielmehr (als benannter oder Innominatkontrakt) das Fiduziarverhältnis als ein Rechtsverhältnis gestalten, das ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des Veräußerers mit inhaltlicher und zeitlicher Begrenzung begründet, wie es das RG. im Urteil vom 14. November 1911 (JW. 12, 144) fordert, mit dem sich meine Ausführungen S. 406 decken.

Dr. E. Melsbach.

---

**Kann der Gläubiger im Falle des § 890 ZPO. dem Schuldner über die begangene Zuwiderhandlung den Eid zuschieben?** Der Schuldner ist rechtskräftig verurteilt, eine bestimmte Handlung zu unterlassen, bei Vermeidung einer Geldstrafe von 50 *M* für jeden Fall der Zuwiderhandlung. Der Gläubiger behauptet, daß der Schuldner die verbotene Handlung vorgenommen habe; zum Beweise dafür — es ist der volle Beweis der Zuwiderhandlung erforderlich, Glaubhaftmachung genügt nicht (cf. RG. in JW. 1899, 180 und Seuffert, ZPO. zu § 890 Anm. 3) — schiebt er dem Schuldner über die Begehung der Zuwiderhandlung den Eid zu. Ist diese Eideszuschiebung zulässig?

Die Frage wird zu verneinen sein. Die nach § 890 ZPO. zulässigen Maßnahmen sind nicht lediglich Maßregeln zur Erzwingung der Unterlassung, sondern sie haben gleichzeitig den Charakter einer Strafe, sie sollen dem Gläubiger eine Sühne und Genugtuung für das erlittene Unrecht verschaffen. Es geht dies schon aus dem Umstande hervor, daß die Maßnahmen auch dann noch angewendet werden dürfen, wenn weitere Zuwiderhandlungen nicht mehr zu befürchten sind (vgl. OLGRspr. 23, 224). Bei der Festsetzung der Strafe nach § 890 ZPO. kommen also neben zivilprozessualischen Grundsätzen die Grundsätze des Strafrechts zur entsprechenden Anwendung (so auch: Gaupp-Stein, ZPO. zu § 890 Anm. III; Seuffert, ZPO. zu § 890 Anm. 2b und 3; Warneyer, ZPO. zu § 890 Anm. 12; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 310; RGZ. 36, 418; 43 S. 398 und 405; 53, 183; OLGRspr. 20, 370; 23 S. 223 und 224). Nach strafrechtlichen Grundsätzen ist es aber, zur Vermeidung eines Gewissenszwanges, unzulässig, dem Beschuldigten über die Begehung der mit Strafe bedrohten Handlung den Eid aufzuerlegen. Bei entsprechender Anwendung dieses Grundsatzes auf das Verfahren nach § 890 ZPO. muß man es auch als unstatthaft ansehen, daß der Gläubiger dem Schuldner über die Begehung der Zuwiderhandlung den Eid zuschiebt.

Referendar A. Jacobsohn, Dortmund.

---

Den Ausführungen des Herrn Dr. Besold in JW. 1913 S. 614 über das **Recht am eigenen Hausschlüssel** möchte ich in folgendem entgegentreten:

Zur Begründung der Zubehöreigenschaft einer Sache ist nach § 97 Abs. 1 BGB. erforderlich, daß diese dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt ist; eine Bestimmung zum Dienst zu wirtschaftlichem Zwecke aber schließt die Bestimmung zu dauerndem Dienst begrifflich in sich (vgl. Prot. des Entw. zum BGB. Bd. III S. 18; Mot. zum Entw. des BGB. Bd. III S. 62).

Maßgebend ist der Wille des Bestimmenden; bestimmungsberechtigt ist, da das Gesetz schweigt, jeder, der die Hauptsache tatsächlich benutzt, im vorliegenden Falle also der Mieter. Der Mieter aber, der sich einen eigenen Hausschlüssel anfertigen läßt, bezweckt nicht, ihn in den dauernden Dienst zu wirtschaftlichen Zwecken der Hauptsache zu stellen, sondern — gerade das Gegenteil — ihn eine insvornhinein beschränkte Zeit lang, die Dauer seiner Mietzeit, zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse zu gebrauchen. Es liegt mithin lediglich die vorübergehende Benutzung einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen vor; eine solche aber begründet kraft positiver Vorschrift die Zubehöreigenschaft nicht (§ 97 Abs. 2 S. 1 BGB).

Damit entfällt den Ausführungen des Herrn Dr. Besold die Grundlage.

---

[1]) RG. vom 5. März 1881 (Rechtspr. Bd. 3 S. 113).

Zur Lösung der Frage in befriedigendem Sinne möchte ich kurz folgenden Weg andeuten:

Die Rückgabe der Mietsache hat regelmäßig in dem Zustande zu erfolgen, in dem sie sich nach ordnungsmäßigem Gebrauche bei Beendigung des Mietverhältnisses befindet. Hat sich der Mieter den Schlüssel ohne Wissen und Willen des Vermieters anfertigen lassen, so hat er damit — hat er sich doch gegen das Strafgesetzbuch vergangen — einen der Ordnung zuwiderlaufenden Gebrauch von der Mietsache gemacht, wodurch deren Zustand erheblich verschlechtert worden ist, insofern nunmehr der Zugang zu ihr auch einem nichtberechtigten Dritten offensteht. Da nun die Herstellung des Zustandes, in dem sich die Mietsache bei Vermeidung des ordnungswidrigen Gebrauchs befinden würde, dem Mieter durch Übergabe oder Unbrauchbarmachung des Schlüssels ohne weiteres möglich ist, so ist er hierzu verpflichtet.

Hat der Mieter mit Einwilligung des Vermieters gehandelt, so kann er sich nicht darauf berufen, daß die Übergabe des Schlüssels nicht ausbedungen worden sei. Mit Hilfe von § 157 BGB. ist diese übergangene Bestimmung im Wege der Vertragsauslegung zu ersetzen. Die Fassung des § 157 läßt erkennen, daß er nicht nur die Deutung einer tatsächlich abgegebenen Erklärung, vielmehr darüber hinaus auch die Ausfüllung einer von den Parteien offengelassenen Lücke bezweckt, daß also gegebenenfalls das als gewollt zu unterstellen ist, was die betreffende Partei in Befolgung des Grundsatzes von Treu und Glauben gewollt und erklärt haben würde, wenn sie ihren Willen über den fraglichen Punkt überhaupt kundgegeben hätte (vgl. RG. JW. 12, S. 190, 742; GruchotsBeitr. 54, 386).

Referendar Dr. jur. Strupp, Geithain.

---

**Neue Prüfungsordnung in Preußen.** Eine allgemeine Verfügung des preußischen Justizministers vom 17. Juni 1913 erläßt neue Vorschriften über die juristischen Prüfungen und die Vorbereitung zum höheren Justizdienste. Diese neue Prüfungsordnung faßt im wesentlichen die bisher geltenden Bestimmungen zusammen und bringt nur in einigen Punkten mehr oder weniger wesentliche Neuerungen. Eine der wichtigsten dieser Neuerungen ist die Einführung von Klausurarbeiten für die große Staatsprüfung, über die folgendes bestimmt ist. Es werden zwei Rechtsfälle nach Akten unter Aufsicht bearbeitet. Diese Rechtsfälle sind in der Regel verschiedenen Rechtsgebieten zu entnehmen, der eine jedenfalls aus dem Privatrecht. Für jeden Rechtsfall wird eine Frist von fünf Stunden gewährt. Die Bearbeitung besteht in dem Entwurf der Entschließung, die von der mit der Sache befaßten Justizbehörde zu treffen sein würde, z. B. Urteil, Beschluß, Verfügung, Anklageschrift, Bescheid. Die Entschließung ist zu begründen. Ist im Gesetze eine Begründung nicht zugelassen, so sind die Gründe in einem Gutachten darzulegen. Dem Referendar werden bei der Bearbeitung die erforderlichen Gesetzestexte und eventuell auch Handkommentare zur Verfügung gestellt. Die Benutzung anderer Hilfsmittel ist nicht gestattet. Die neuen Vorschriften über die juristischen Prüfungen treten am 1. August d. J. in Kraft, jedoch mit der Maßgabe, daß von denjenigen Referendaren, deren Prüfung der Justizprüfungskommission durch eine bei ihr vor dem 1. Oktober 1913 eingegangene Verfügung aufgetragen ist, die Bearbeitung der Rechtsfälle nicht verlangt wird.

---

**Der III. Internationale Kongreß für Luftrecht,** veranstaltet vom Comité juridique International de l'aviation, wird nunmehr definitiv am 25., 26. und 27. September d. J. in Frankfurt a. M. stattfinden. Etwaige Anfragen sind zu richten an die deutsche Geschäftsstelle, Beethovenstr. 23 zu Frankfurt a. M.

---

## Grundlegende Entscheidungen.

Ein Vertrag, der von einem Vertreter abgeschlossen wird, kann nicht wegen Irrtums des Vertreters über den ihm erteilten Auftrag angefochten werden (Entsch. Nr. 1).

Schutzabkommen Gewerbetreibender bei Einreichung von Preisgeboten verstoßen nur dann gegen die guten Sitten, wenn die beteiligten Unternehmer sich dadurch einen unangemessenen Geschäftsgewinn zum Schaden des Verdingenden sichern wollen (Entsch. Nr. 2).

Was die Organe eines nicht rechtsfähigen Vereins, die er vermöge seiner körperschaftlichen Gestaltung besitzt, um sich nach außen zu betätigen, in befugter und gültiger Vertretung der Mitglieder vornehmen, gilt und wirkt rechtlich ebenso, als wenn die Handlung von sämtlichen Vereinsmitgliedern, also vom Verein selbst, vorgenommen würde (Entsch. Nr. 7).

Der Vollstreckungsgegenklage auf Erklärung der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus einem Urteil auf Beseitigung den Nachbarn störender Geräusche kann nach Entsch. Nr. 8 nur stattgegeben werden, wenn der Kläger nachweist, daß in dauernder Weise Vorkehrungen getroffen sind, um unzulässige Einwirkungen auf das Nachbargrundstück ständig zu beseitigen.

Die infolge der Wiederverheiratung der Berechtigten in Wegfall gekommene Witwenpension ist fortzuzahlen, wenn die neue Ehe von Anfang an nichtig ist oder erfolgreich angefochten wird (Entsch. Nr. 9).

Der elterliche Gewalthaber des Erben, dem die Nutznießung an dem Erbteil zusteht, hat im Umfange seines Nutznießungsrechts einen unmittelbaren Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker auf Auseinandersetzung, Überlassung der auf den Erbteil bei der Teilung entfallenden Gegenstände und bei länger dauernder Verwaltung auf Ausantwortung des Anteiles des Erben am Reinertrag des Nachlasses (Entsch. Nr. 10).

Der zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Erben bestehende Streit, ob auf Grund der letztwilligen Verfügung des Erblassers ein Nachlaßgegenstand dem Testamentsvollstrecker persönlich gebührt, kann nach Entsch. Nr. 11 zwischen beiden nicht nur im Wege der Feststellungsklage, sondern auch durch Erhebung der Leistungsklage des Testamentsvollstreckers gegen den Erben ausgefochten werden.

In Entsch. Nr. 12 wird ein Individualrecht des Aktionärs auf Auskunftserteilung durch den Vorstand verneint. N.

---

## Korrespondenz des Deutschen Anwaltvereins.

### Inhaltsübersicht.

1. Jahrg., Nr. 9 (April 1913): Kosten der gerichtlichen Feststellung unbestrittener Forderungen. Ruhezeit der Angestellten und Turnfest. Die Regentschaft in Bayern.

1. Jahrg, Nr. 10 (Mai 1913): Entschädigung für Schöffen und Geschworene. Prozeßrecht und Publikum. Die Gebühren der Rechtsanwälte.

1. Jahrg., Nr. 11 (Juni 1913): Das Armenrecht im Prozesse. Gewerbe- und Kaufmannsgerichte. Wehrbeitrag und freie Berufe.

---

## Berichtigung

**zum Gutachten über Freizügigkeit und Simultanzulassung.** Ein Münchener Kollege macht mich in dankenswerter Weise darauf aufmerksam, daß in der Zusammenstellung am Schlusse meines Gutachtens die Kommission für die mündliche Prüfung in Bayern nicht richtig angegeben ist. Die mündliche Prüfung erfolgt nicht vor drei Mitgliedern des ObLG., sondern nach der betreffenden Verordnung vor einem bei dem ObLG. gebildeten Ausschusse von drei Mitgliedern.

Dieser Ausschuß setzt sich zusammen aus einem Richter des ObLG. oder eines OLG. als Vorsitzenden und einem Richter des ObLG. oder eines OLG. sowie einem Mitgliede des Verwaltungsgerichtshofes oder der Regierung als Beisitzern. Stellvertreter können bestellt werden. An Stelle eines Richters kann das Staatsministerium der Justiz auch einen Rechtsanwalt als Beisitzer berufen. Zurzeit sind zwei Münchener Rechtsanwälte als Prüfungskommissäre einberufen, die abwechselnd an den Prüfungen teilnehmen. Der Ausschuß besteht zurzeit aus einem Senatspräsidenten des ObLG. als Vorsitzender, einem Verwaltungsgerichtshofrat und einem Rechtsanwalt als Beisitzer.

Außerdem ist im Text des Gutachtens auf Seite 4 Abs. 3 bei „Sachsen" gesagt, dieses rechne ein 7. Semester auf den praktischen Vorbereitungsdienst an.

Diese Bestimmung ist durch die Verordnung vom 1. Juli 1911 aufgehoben, wie auch in der Zusammenstellung am Schlusse des Gutachtens richtig 4 Jahre Vorbereitungsdienst unbedingt genannt sind.

Rechtsanwalt Dr. Victor Berger.

---

Für die Abhandlungen und Aufsätze verantwortlich: Justizrat Dr. Hugo Neumann, Berlin W. 35, Potsdamer Straße 118; für die Literaturbesprechungen und die kleinen Mitteilungen: Rechtsanwalt Dr. Dittenberger, Leipzig, Schreberstraße 3. Druck: W. Moeser Buchdruckerei, Berlin S. 14.